IBS 9/18884

ELEMENTOS

DE

DERECHO ROMANO,

POR J. HÈINECCIO.

Traducidos y anotados por L. A. S.

Res 10368
Reg. 28731



CON LICENCIA.



MADRID: IMPRENTA DE D. EUSEBIO AGUADO.
1829.

ADVERTENCIA.

Las iniciales *F. R.* que se encontrarán en algunos párrafos de esta obra, quieren decir *fundacion de Roma;* las iniciales *e t* de las citas, significan *este título; lug. cit. lugar citado; y pr. principio.*

EL TRADUCTOR.

Aunque en la traduccion que publico he seguido casi á la letra el original, por exigirlo asi la naturaleza de la obra, todavía me ha parecido conveniente hacer algunas leves alteraciones. El prólogo no es una version material del texto latino, sino un compendio que he formado de las ideas del autor, despojándolas de varias citas fastidiosas é inconducentes. Estas abundan tanto en toda la obra, que bien pudieran suprimirse muchas de ellas, sin hacer la menor falta á la esplanacion de las ideas; mas con todo, yo solamente lo he hecho muy pocas veces, y solo en los casos en que las he juzgado absolutamente innecesarias. Debo sí advertir, que en cuanto á las citas de leyes he guardado la mas escrupulosa exactitud, pues las he trascrito todas y una por una. Algunos quizá estrañarán que las haya puesto en latin en una obra traducida al castellano; pero la consideracion de que los códigos de Roma estan todavía en su lengua primitiva, me indujo á no hacer alteracion en el particular; porque, ó el lector entiende el latin, ó no lo entiende; si lo primero, yo le daria el trabajo de hacer una version del castellano al latin, cada vez que tuviera que buscar una cita; y si lo segundo, ésta siempre le sería inútil.

Igualmente debo observar que algunas personas poco versadas en la nomenclatura jurídica tacharán de impro-

pias, y acaso de innobles, ciertas palabras de que uso, v. gr *cabeza libre*, *dacion de tutor*, *crecion de la herencia*, *mezclarse*, *abstenerse de la herencia*, &c.; pero yo aseguro que esta es la parte mas perfecta de mi traduccion, pues solamente asi es como puede conservarse el verdadero sentido en que hablaron las leyes romanas.

La esperiencia me ha enseñado que muchos estudiantes de derecho repiten á menudo ciertas palabras, cuya significacion no entienden. Por esto es, que cuando el autor no las esplica, yo lo hago por medio de algunas notas. Otras tambien se encontrarán esparcidas en el cuerpo de la obra, y otras muchas hubiera puesto; pero he tenido que ceder á la máxima comun: *no siempre se puede todo lo que se quiere.*

Aprovecho esta oportunidad para recomendar á los jóvenes que se dedican á la jurisprudencia el estudio de las antigüedades del Derecho romano, y el de las Recitaciones de Heineccio, pues estas son el verdadero comentario de los elementos que traduzco. En el estado actual de la legislacion española es imposible llegar á ser un profundo jurisconsulto, sin subir hasta el origen de aquellas fuentes. De ellas emanó el código de las *Partidas*, código que, sean cuales fueren sus imperfecciones, es el único completo que tenemos; y por mas que digan unos por convencimiento, y otros por *afectacion moderna*, que aquel estudio no es necesario, ellos no podrán menos de confesar que la solucion de mil leyes españolas, donde únicamente se encuentra es en los usos y costumbres del pueblo romano.

Al enunciar esta idea, ruego al lector que no proceda con ligereza, y que reflexione mis palabras con toda imparcialidad. Lejos de mí la intencion de recomendar las leyes romanas como modelos de justicia y de sabiduría, lejos de mí la intencion de vindicarlas del justo desprecio á que los hombres sensatos las condenan. Educado en la clase de derecho pátrio no podria formar el elogio de los códigos de Roma, sin hacer traicion á mis sentimientos y á las ideas del digno profesor que entonces la desempeñaba; pero esta misma franqueza de mis sentimientos exige que yo diga la verdad, ó por lo menos que no oculte la que yo tengo por tal. Sí, es menester confesarlo: el Derecho romano es un enfermo contagioso, un cadáver corrompido que ha envenenado de muerte la legislacion española: pero este veneno no se sacude declamando contra la enfermedad, sino aplicándole el antídoto verdadero; y este no se encuentra ni en las manos de la juventud, ni en las de los profesores á quienes toca dirigirla.

Acaso habrá personas que supongan este lenguage dictado por el interés. A los que asi pensáren, debo decirles, que el traductor de los elementos de Juan Heineccio *sabe sacrificar el dinero á sus ideas*; *pero no sus ideas al dinero.*

INTRODUCCION.

1. El cúmulo inmenso de leyes romanas llegó á formar una legislacion tan monstruosa, que segun la espresion de Eunapio, era *carga de muchos camellos.* No faltaron romanos ilustres que convencidos de la necesidad de formar un código, pensasen en su compilacion; pero ni la influencia de Marco Tulio, ni los deseos de Pompeyo, ni los designios de César pudieron dar á Roma la obra que en el siglo sexto inmortalizó el reinado del Emperador *Flavio Justiniano.*

2. Este príncipe estrangero, descendiente de un linage obscuro, sobrino é hijo adoptivo del emperador Justino, subió al imperio del Oriente en el año 527 de la era Cristiana. Aunque adoleció de algunos vicios, no fue tan ignorante como algunos le suponen, confundiéndole con su tio Justino.

3. Sus egércitos comandados por el general Belisário sujetaron á los Lazos, Abasgos y Tzanos, abatieron el orgullo de los Vándalos, reconquistaron el África, destruyeron en Italia el imperio de los Godos, y terminaron por medio de una paz honrosa las disensiones entre Persas y Romanos (1).

(1) Por esto se aplica Justiniano en el prólogo de sus instituciones, los sobrenombres de *Vándalo*, *Africano*, &c.

4. Pero durante su reinado de mas de 39 años, ninguna obra fue tan gloriosa como la formacion de sus códi-

gos. Valiéndose de las luces de Triboniano y de otros jurisconsultos, mandó que de las constituciones de los príncipes publicadas desde Adriano hasta su tiempo, y compiladas en los códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano, se formase un nuevo código, el cual se publicó el 7 de abril del año 529, bajo el nombre de *Código Justinianeo.*

5. Al año siguiente ordenó que Triboniano, á la cabeza de diez y seis jurisconsultos, compilase todo lo útil que se pudiera encontrar en los 2000 volúmenes escritos por los antiguos jurisconsultos (1). Esta obra se llamó *Digesto ó Pandectas*, y se publicó el 16 de diciembre de 533.

(1) Las Pandectas no se compilaron de los escritos de los antiguos jurisconsultos, sino principalmente de aquellos que florecieron desde los tiempos de Adriano, v. gr. Salvio Juliano, Papiniano, Ulpiano, Paulo, Marcelo y otros. Se debe observar que en el §. 3. *Instit.* del título en que se trata de la legítima sucesion de los agnados, se habla de jurisprudencia *media* y *nueva*, contraponiendo ésta á aquélla. La *media* se debe contar desde los años 585; y la *nueva* desde los tiempos de Adriano. Todo lo anterior á esta época pertenece á la jurisprudencia *antigua.*

6. Antes de concluirse las Pandectas, publicó Justiniano en el año 530 cincuenta decisiones, con el objeto de aclarar varios puntos jurídicos confundidos por las sectas de los jurisconsultos. Entre éstos hubo dos muy célebres que dieron origen á ellas, á saber; Labeon y Capiton. Del primero descienden Sabino y C. Casio Longino, y de aquí los *Sabinianos* y *Casianos.* Del segundo, Nerva Próculo y Pegaso; y de aquí los *Proculeyanos* y *Pegasianos.* Casi todas las decisiones fueron obra de Triboniano, y despues pasaron al código *repetitæ prælectionis.*

7. Los elementos de todo el derecho compuestos de los manuales de los antiguos jurisconsultos, y particularmente de las instituciones de Cayo, fueron escritos por Triboniano, Doroteo y Teofilo. Dióseles el nombre de *Instituta ó Instituciones*, y aunque formadas despues de las Pandectas, se publicaron primero que ellas, á saber; el 21 de noviem-

bre de 533; pero no recibieron fuerza de ley sino junto con las Pandectas, esto es, el 30 de diciembre de 533.

8. Habiendo conocido Justiniano que el código *Justinianeo* tenia muchas cosas incompatibles con las Pandectas, mandó que se corrigiese y reformase. De aquí resultó el código *escogido* ó *repetitæ prælectionis*, que se publicó el 16 de noviembre de 534. Desde entonces quedó abolido el código Justinianeo; y así no se debe estrañar, que en el código que hoy existe, no se encuentren las constituciones que muchas veces se celebran en la Instituta, v. gr. en el § 20. y 27. *Inst. de legat.* §. 7. *de legit. agnat. success. pr. de bon. poss.* §. 24. y 23. *de action.*

9. Publicáronse despues las *Novelas* ó nuevas constituciones, la mayor parte de las cuales fueron escritas en griego (1), y las demas en latin.

(1) Así piensa Heineccio, pero otros autores dicen que todas fueron escritas en griego. *Nota del traductor.*

10. Las Novelas que hoy existen con el nombre de *nueve colaciones*, fueron recogidas antes del papa Gregorio M., y poco tiempo despues de Justiniano, por un hombre desconocido que las tradujo en un estilo bárbaro. Juliano el patricio tambien las tradujo; pero en un lenguage exacto y elegante; y Haloandro, Scrimgero y otros las publicaron en griego. De estas tres ediciones la primera fue la que se admitió en el foro.

11. De estas novelas y de ciertas constituciones de los Federicos emperadores de Alemania, Irnerio, segun parece, y otros restauradores de la jurisprudencia, formaron las *Auténticas*, esto es, compendios de las nuevas constituciones añadidos á las leyes del código que derogan.

12. Finalmente Hugolino, jurisconsulto Boloniense, añadió á las Novelas bajo el título de décima colacion, los libros de los *feudos*, compilados hácia la mitad del siglo XII por Gerardo Nigro y Oberto de Orto, cónsules de Milan. Estos libros tuvieron fuerza de derecho comun feudal en los puntos que no eran contrarios á las costumbres de los pueblos.

13. Como las leyes posteriores derogan á las anteriores, se sigue: 1.° que los fragmentos que existen de los códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano, aunque muy útiles para la interpretacion del derecho, no tienen autoridad en el foro, ni pueden citarse para la decision de las causas, sin cometer el crímen de falsedad, *l.* 2. §. 19. *C. de vet. jur. enucl.* 2.° Que las Novelas derogan á todos los libros, porque fueron las últimamente publicadas. 3.° Que el código deroga á la Instituta y á las Pandectas por ser posterior á ellas. 4.° Que como la Instituta y las Pandectas tomaron fuerza de ley en un mismo dia, tienen igual autoridad, y por consiguiente no se derogan entre sí (1).

(1) Cuando se oponen, se deben observar las reglas siguientes: 1.° *Las instituciones ceden á las Pandectas, en cuantó estan sacadas de éstas; así es que la l.* 7. §. 7. *D. de adquir. rer. dom.* se prefiere al §. 25. *Inst. de rer. divis.* 2.° *Las Pandectas ceden á las instituciones, siempre que aparece que éstas hacen innovacion.* De aquí es, que el §. 7. *Inst. ex quib. causs. manum*, se prefiere á las leyes 9, *y* 11. *D. de manumiss. vind.*

14. Como un individuo particular no puede hacer leyes, es claro que las Auténticas carecen de fuerza de ley, por haber sido obra de particulares, á no ser que convengan con las Novelas de donde fueron sacadas. En muchos casos difieren de éstas, v. gr. la *Auténtica Bona damnatorum C. de bon. proscript.* la *Autent. ex causa C. de lib. præterit. et exher.* la *Autent. Hæc ita C. de verb. obl.* y la *Autent. Sed hodiè C. de judic.*

15. La mayor parte de Europa en donde se observa hoy el derecho romano, nunca obedeció á Justiniano, pues éste gobernó en el Oriente. De aquí es, que el derecho Justinianeo solamente obliga en cuanto está recibido; que las leyes, estatutos y aun costumbres pátrias de los pueblos y ciudades se prefieren á él; y que las Novelas de Leon, aunque suelen publicarse con el derecho Justinianeo, los edictos de Justiniano XIII, y ciertas constituciones reformadas por Jacobo Cuyacio, Contio y otros, no valen contra el derecho de Justiniano. *Cujac. Obs. lib.* 17. *cap.* 30.

LIBRO PRIMERO.

TÍTULO PRIMERO.

Justicia y Derecho.

16. El fin de todo derecho es la justicia, de la que los jurisconsultos se llaman sacerdotes (1), *l.* 1. §. 1. D. *e. t.*

(1) Los filósofos de la antigüedad acostumbraron llamarse *obispos y únicos sacerdotes de la virtud.* Diog. Laerc. en *su proem.* Meril. *lib.* 1. *obs. cap.* 11; y como casi todos los antiguos jurisconsultos estaban imbuidos en sus preceptos y particularmente en los de los estoicos, adoptaron tambien esta denominacion.

17. La justicia, segun los principios de la moral estoica (1), es la constante y perpetua voluntad de dar á cada uno su derecho, *pr. Inst. l.* 10. *pr. D. e. t.*

(1) Pensáron los estoicos, cuyas máximas siguieron los jurisconsultos, que toda virtud consiste en la constancia, ó en una intencion constante y perpetua; pero á los ojos de la sociedad se dice justo todo el hombre que arregla sus acciones á la ley; aunque no tenga esa constante y perpetua voluntad, pues en el foro á nadie se castiga por sus pensamientos, *l.* 18. *D. de pœn.*

18. Los hombres pueden exigir lo que mútuamente se deben, ó por un derecho perfecto ó imperfecto; ó como dice Paulo en la *l.* 17. §. 3. *D. commod. vel contr. que ciertas cosas son mas bien de voluntad y oficio que de necesidad.* Por tanto, la justicia se divide en *espletriz* y *atributriz.* Grocio *lib.* 1. *sobre el derecho de guerra y paz; cap.* 1. §. 8.

19. *Espletriz* es, la que da á cada uno lo que se le debe por derecho perfecto; y *atributriz*, la que da lo que mas bien es de voluntad y oficio, que de necesidad.

20. El que practica la justicia atributriz, *vive honestamente*: el que la espletriz, *no daña á nadie, y da á cada uno lo que es suyo.* De aquí nacen los tres preceptos del derecho, de que se habla en el §. 3. *Inst. y en la l.* 10. §. 1. *D. e. t.*

21. Las otras divisiones de la justicia, en *universal* y *particular*, *conmutativa* y *distributiva*, se reservan para el Digesto, por ser mas claras que la primera.

22. Hablando en un sentido moral y no gramatical, la palabra *jus* (derecho) se deriva de *justitia* (justicia), *l.* 1. *pr. D. e. t.*, y jurisprudencia de *jus.*

23. Los antiguos definieron la jurisprudencia: el *conocimiento de las cosas divinas y humanas, y la ciencia de lo justo y de lo injusto*, §. 1. *Inst. l.* 10. §. 1. *D. e. t.* Las primeras palabras de la definicion pertenecen á la de la filosofía. *Senec. epist.* 89.; así el verdadero sentido es, que la jurisprudencia es una filosofía que consiste en la ciencia de lo justo y de lo injusto (1).

(1) Los jurisconsultos y los filósofos fueron rivales perpetuos; y como aquéllos, segun dice Ulpiano *en la l.* 1. §. 1. *D. e. t.*, *afectaron poseer una filosofía verdadera*, no se debe estrañar que las palabras de la definicion de la filosofía se hubieran aplicado á la de la jurisprudencia.

24. Puede definirse con mas propiedad, diciendo que es *un hábito práctico de interpretar y aplicar las leyes rectamente á todos los casos que occurran.*

25. El que interpreta las leyes, no solamente debe atender á sus palabras, sino tambien á su sentido, *l.* 17. *D. de legib.* Ciceron en el *lib.* 1. *del Orador cap.* 55., llama *leguleyo* al que sabe de memoria las leyes sin entenderlas.

26. La interpretacion se llama *estensiva*, cuando el sentido de la ley es mas estenso que sus palabras; *restrictiva*, cuando lo es menos; y *declarativa*, cuando el sentido y las palabras estan acordes.

27. Interpretadas las leyes, el jurisconsulto las aplica á los casos que ocurren. Por eso dice Ciceron *lib.* 1. *del Orador cap.* 48., que éste debe saber las leyes y costumbres

que rigen en la sociedad, para que pueda *consultar*, *defender*, *aconsejar* (añádase *juzgar*). El mismo autor en el *cap.* 45. llama *rábula*, al que sin prévios conocimientos jurídicos se lanza en el torbellino del foro, y labra su fortuna, arruinando la de los demas.

28. Segun que las leyes se refieran al *estado público*, ó á los *negocios de los particulares*, así se divide el derecho en *público* ó *privado*. Esto se llama tambien dos *posiciones* (1) de derecho, §. 4. *Inst. l.* 1. §. 2. *D. e. t.*

(1) *Posicion* era entre los estoicos parte ó especie. *Cujac. l.* 115. *D. de verb. significat.* Otros autores usaron tambien de esta palabra en el mismo sentido.

29. El derecho público arregla el estado y derechos de las cosas públicas (ó sean las relaciones entre gobernantes y gobernados). El privado se *refiere á la utilidad de los particulares* (1); esto es, al mio y al tuyo, *l.* 1. §. 2. *D. e. t.*

(1) Esta division se hace atendiendo al objeto, mas no á la causa eficiente ó final, pues segun ésta, el derecho privado propiamente se puede llamar público, *l.* 38. *D. de pact. l.* 8. *D. de tutel.* 29. *D. de test. tut. l.* 18. §. 1. *D. de damn. inf.*

30. Así el derecho público como el privado se consideran formados de preceptos *naturales*, *de gentes y civiles*, §. *ult. Inst. l.* 1. §. 2. *D. e. t.* (1).

(1) Esto es, si el derecho natural se define del modo que lo haremos en el §. 36. Pero Ulpiano que lo juzgaba comun á los hombres y á los demas animales, no podia derivar de él el derecho público, pues en los brutos no se observa ni aun un vestigio de éste.

TÍTULO II.

Derecho natural, de gentes y civil.

31. La palabra *derecho* tiene varias acepciones, *l.* 11. *y* 12. *D. de just. et jur.*; pero aquí se toma por el conjunto de todas las leyes de un solo género. Segun fuere la naturaleza de éstas, así se denominará aquél.

32. Siendo las leyes *divinas* ó *humanas*, el derecho es tambien *divino* ó *humano*.

33. El divino se considera promulgado ó por la recta razon, ó por la sagrada Escritura. En el primer caso se llama *natural* y *de gentes*; en el segundo *positivo*. Los antiguos desechan esta distincion.

34. Ulpiano, siguiendo los principios estoicos, define el derecho natural: *aquel que la naturaleza enseña á todos los animales*, *l.* 1. §. 3. *D. de just. et jur. pr. Inst. e. t.* Entre los estoicos, vivir justamente, era vivir segun la naturaleza, á la que consideraron ó comun á los hombres y á los brutos, ó propia solamente de aquéllos. De la primera derivaron el *derecho natural*, y de la segunda, el *de gentes* (1), *l.* 1. §. 3. y 4. *D. de just. et jur.*

(1) Así no puede decirse que los estoicos suponian á los brutos dotados de razon; antes bien se lee lo contrario en Plutarco de *sollert. animal.* Tampoco se la atribuian los jurisconsultos, como se vé en la *l.* 1. §. 3. *D. si quadrup. pauper. fec. dic.* y en otros autores; pero como no les negaban la facultad de vivir segun la naturaleza y sus leyes, no dudaron afirmar que el derecho natural les era comun con la especie humana.

35. Decian que así como el *derecho natural* es comun á todos los animales, así el de *gentes* es comun solamente á los hombres entre sí, *l.* 1. §. 4. *D. e. t.* Dividieron éste en *primario* y *secundario*. Los antiguos no conocieron estas palabras.

36. *Primario* es, el que la *razon natural* (esto es la naturaleza propia de los hombres y no la comun) *estableció entre todos los hombres, y se observa igualmente entre todos*, §. 2. *Inst. e. t. l.* 1. *pr. D. de adquir. rer. dom.*

37. Secundario es el que *introdujeron el uso y las necesidades humanas*, §. 1. *Inst. e. t.*; ó como lo define Modestino en la *l. penult. D. de legib. el que estableció la necesidad.* Por tanto, el primario es *absoluto*; el secundario *hipotético*.

38. Tales fueron las ideas de los antiguos; mas nosotros que no deferimos ciegamente á lo que dijeron los estoicos, definimos el derecho natural: *derecho que Dios promulgó al género humano por medio de la recta razon. Epist. á los Rom.* II. 15.

39. Derecho de gentes es *el mismo derecho natural* (1) *aplicado á los negocios y causas de todas las naciones. Puffendorf. derecho nat. y de gent. lib.* 2. *cap.* 3. §. 23 (2).

(1) Algunos de los antiguos parece que admitieron esto, *l. ult. pr. l.* 14. *D. de rit. nupt. l.* 19. *pr. D. de capt. et postlim. l.* 31. *pr. D. depos. l* 84. *D. de reg. jur.* á los cuales sigue Justiniano en las palabras *del derecho natural, que se llama derecho de gentes*, §. 11. *Inst. de rer. divis.*

(2) Un estadista se rie de esta definicion. Yo no lo soy; pero tambien me rio. Quiero advertir que mis ideas difieren de las del autor en muchas cosas de las contenidas en este título; pero no entro en su esposicion, porque tendria que hacer un título nuevo en vez de traducirlo. *Nota del traductor.*

40. Derecho divino *positivo* es, aquel *que ademas de saberse por la recta razon, fue promulgado por medio de las sagradas letras.* Es comun al género humano, ó peculiar á los Judíos. Aquél se llama *universal*; éste *particular.* Al primero se refieren los preceptos y leyes del *Génesis* IX, 6.; Lev. XVIII y XX, y otras cosas semejantes.

41. El derecho *humano*, que tambien se llama *civil*, se define segun Cayo: *el que cada pueblo establece para su gobierno*, *l.* 9. *D. de just. et jur.* El derecho romano se llama tambien por escelencia derecho *civil*, así como Roma se llamó tambien la *ciudad*, §. 2. *Inst. e. t.*

42. Algunos pueblos hacen sus leyes ó *espresa* ó *tácitamente*, pues nada importa que espresen su voluntad por medio de sufragios ó de hechos, *l.* 32. §. 1. *D. de legib.* De aquí nace la diferencia de derecho *escrito* y *no escrito* (1), §. 3. *Inst. e. t. l.* 6. §. 1. *D. de just. et jur.*

(1) Los jurisconsultos, siguiendo á los griegos, llaman derecho *escrito* al que ha sido promulgado, aunque no esté materialmente escrito; y *no escrito* al no promulgado. Libanio dice, que Licurgo *escribió leyes*, y sin embargo no se pusieron por escrito. *Plutarco en Licurgo p.* 47. Platon, que en *Laercio* divide tambien el derecho en *escrito* y *no escrito*, define á éste: *derecho establecido por la costumbre.* Por tanto, bien pudo ser, como dice Justiniano §. 10. *Inst. e. t.*, que las diversas instituciones de los atenienses y lacedemonios hubiesen dado origen á esta division, pues aquéllos usaron absolutamente del derecho escrito, y éstos del no escrito, cuya distincion se toma entonces en sentido gramatical. Así diremos que estas ciudades dieron origen á la division de derecho escrito y no escrito; pero no á la acepcion en que los jurisconsultos toman estas palabras.

43. Las alteraciones que sufrió el gobierno romano dieron origen á varias especies de derecho escrito, las cuales se refieren en el §. 3. *Inst. e. t.*; á saber, *leyes*, *plebíscitos*, *senadoconsultos*, *constituciones de los príncipes*, *edictos de los magistrados*, *y opiniones de los jurisconsultos* (1), las cuales hablando estrictamente, se llaman *derecho civil*, *l.* 2. §. 5. *D. de orig. jur.*

(1) Este derecho civil estrictamente tomado no estaba escrito, sino que consistia en la interpretacion de los jurisconsultos, como se dice en la *l.* 2. §. 5. §. 12. *D. de orig. jur.* Esto se debe entender con respecto á su origen, porque no habiendo sido promulgado, tácitamente adquirió fuerza en el foro; mas luego que Justiniano le insertó en el cuerpo del derecho, y le publicó junto con las demas leyes, empezó á ser *escrito*.

44. *Ley es la que el pueblo romano establece á propuesta de un magistrado senador, v. gr. el consul*, §. 4. *Inst. e. t.* Por la palabra *pueblo*, entiéndase los patricios y plebeyos reunidos, á quienes tambien se dió el nombre de *quirites*. El dictador, el tribuno militar, con potestad consular, los decemviros y el pretor tambien estuvieron autorizados para proponer leyes. Estas se hicieron al principio en los comicios curiados, *l.* 2. §. 2. *D. de orig. jur.*; y despues por los votos de las centurias ó de las tribus.

45. Plebíscito es, *lo que la plebe determina á propuesta de un magistrado*, v. gr. *el tribuno de la plebe*, §. 4. *Inst. e. t.* Los plebíscitos solamente se hicieron en los comicios tribúnicos y por votos de las tribus, sin intervencion de los patricios, á quienes no obligaron al principio; pero las leyes Horacia, Publília y Hortensia publicadas, la primera á los 304. F. R. *Liv. lib.* 3. *cap.* 55., la segunda á los 414. *Liv. lib.* 8. *cap.* 12., y la tercera á los 456. *l.* 2. §. 8. *D. de orig. jur.* Gelio, *lib.* 15. *cap.* 38. les dieron despues fuerza de ley (1).

(1) Los plebíscitos empezaron desde entonces á llamarse leyes, como la ley *Aquilia*, *Falcidia*, *Voconia*, *Cincia*, &c.

46. En los dias gloriosos de la república, los senadoconsultos eran los decretos del senado acerca de las cosas sometidas á su cuidado (1). *Polib. hist. lib.* 6. *cap.* 12. *y sig.* Pero despues que Tiberio, con las miras de trastornar el modo antiguo de hacer las leyes, trasladó los comicios del campo á la curia (*Tacit. Anal. lib.* 1. *cap.* 15.), ya no quedó duda en que el senado podia hacer leyes, *l.* 9. *D. de legib. l. un. C. de senatuscons.*

(1) En los tiempos libres de la república, el objeto de los senadoconsultos fue el cuidado del erario, las embajadas, la administracion de las provincias, el conocimiento de los maleficios cometidos en Italia, los triunfos, los comicios, las ferias, las suplicaciones (*a*) y otras cosas de este género. *Polib. lug. cit.* Los senadoconsultos no tenian fuerza de ley, á no ser que el pueblo los aprobase con sus sufragios, como se hizo muchas veces, *Dionys. Halic. lib.* 10.; de lo contrario, no obligaban, *Liv. lib.* 9. *cap* 8., sino solamente al senado de aquel año, considerándose como instituciones establecidas para solo un año, segun las llama *Dionys. lib.* 9. *p.* 595.

(*a*) Cuando un general obtenia alguna victoria importante, el senado decretaba, que se diesen gracias á los dioses en todos los templos; ved aquí las *suplicaciones.* Tambien se decretaban en tiempos de peligro ó de calamidad pública; y las mugeres postrándose entonces en tierra, barrian algunas veces los templos con sus cabellos. *Nota del traductor.*

47. Como ya el senado representó desde entonces al pueblo ó á los comicios, el senadoconsulto puede definirse: *derecho establecido por el senado en lugar del pueblo, á oracion del príncipe* (1), ó á propuesta del cónsul, §. 5. *Inst. e. t. l.* 2. §. 9. *D. de orig. jur.*

(1) Cuando la opinion de los senadores llegó á ser el instrumento de la voluntad del príncipe, un discurso ú *oracion* de éste, comunmente se prefijaba á los decretos del senado. De aquí las palabras *á oracion del príncipe. Nota del traductor.*

48. Estos senadoconsultos, ó como se llaman muchas veces, *derechos establecidos por las oraciones de los príncipes, l.* 8. *D. de transact. l.* 1. *D. in quib. caus. pign. l.* 52. §. 10. *D. pro. soc. l.* 60. *pr. de rit. nupt.*, poco á poco se fueron aboliendo despues de los tiempos de Antonino. Los príncipes investidos por ley, *ley Real* (1) del poder supremo, §. 6. *Inst. e. t.*, empezaron con sus constituciones ó edictos á establecer nuevos derechos. La *l.* 4. §. 6. *D. de legation.* ofrece el egemplo de Vespasiano.

(1) La *ley Real ó Regia* que tambien se llama *ley del imperio* en la *l.* 3. *C. de testam.* y *privilegio augusto* en la *l. un.* §. 14. *C. de caduc. toll.* no era otra cosa que un conjunto de prerogativas concedidas á los emperadores por varios senadoconsultos, hechos poco á poco en honor de los príncipes, de los cuales tratamos con estension en las *antigüed. roman. e. t.* §. 43. *y siguient.*

49. Semejantes constituciones son la *voluntad de los príncipes, la cual, si ellos quieren* (§. 6. *Inst. e. t.*), *tiene fuerza de ley. l.* 1. *pr. D. de const. princ.*

50. Derivando estas constituciones toda su fuerza de la voluntad del príncipe, es claro que éste puede obligar por medio de ellas á todos los individuos de la sociedad, ó imponer ó conceder estraordinariamente alguna cosa á ciertas personas. Las primeras se llaman *generales*, como los *rescriptos, decretos, edictos*; las últimas, *especiales*, como los *privilegios*, los cuales no se aplican á otros casos (1), §. 6. *Inst. e. t. l.* 1. §. 1. *y* 2. *D. de const. princ.*

(1) Por esta sola razon, los privilegios se llaman constituciones *especiales*, pues por mas favorables que sean, obligan á todos á que no turben ó impidan el egercicio del privilegio á aquel que lo impetró.

51. El príncipe responde por medio de *rescriptos* á los libelos ó peticiones de las partes, á las consultas de los magistrados, ó á las solicitudes de las corporaciones, *l.* 19. §. 9. *D. locat. l.* 3. §. 1. *D. de testib.* Los primeros se llaman *adnotaciones ó subnotaciones*; los segundos *epístolas ó cartas* (1); y los últimos *pragmáticas sanciones, l.* 6. *y* 7. *C. de divers. princ. reser. l.* 12. *C. de vectigal.*

(1) Los mensages que los emperadores dirigian al senado, se llamaron tambien *epístolas ó libelos*, porque se cerraban en forma de carta ó de libro pequeño. *Nota del traductor.*

52. El emperador espedia *decretos*, *cuando con conocimiento de causa pronunciaba sentencia interlocutoria ó definitiva, l.* 1. §. 1. *fin. D. de constit. princ. l. ult. pr. C. de legib.*

53. *Edicto* es un nuevo *derecho que el príncipe establece* motu proprio, *promoviendo la utilidad general, l.* 1. §. 1. *D. de const. princ.* (1). Distínguese de los *mandatos* en que, aunque éstos nacen tambien de la espontánea voluntad del príncipe, solo se *refieren á ciertas personas, l.* 1. *C. de mandat. princip.*, principalmente á los magistrados provinciales. Jac. Gothofr. á la *l. un. C. Th. de mandat. princip. tom.* 1.

(1) Parece que al principio los emperadores publicaron por medio de edictos los decretos del senado; *Burmann. sobre las rentas del pueblo roman. cap.* 6. y *Maran. Paratitl*; pero despues que afianzaron su autoridad, empezaron poco á poco á publicar por edictos lo que se habia de tener por ley, aun sin consultar al senado.

54. Teniendo las constituciones de los príncipes fuerza de ley, siempre que ellos quieran dársela, se sigue que los rescriptos no constituyen derecho, si son falsas las preces en que se fundan, *l. fin. C. de divers. princ. rescr.*, si no firma el príncipe, si falta la fecha y el cónsul, *l.* 3. *y* 4. *C. lug. cit.*, ó si se obtienen en detrimento del bien gene-

ral ó del derecho de algun tercero, *l.* 3. *y* 7. *C. de precib. imp. off. l.* 6. *C. si contra jus vel util. publ.*

55. Igualmente se sigue que los decretos solo tienen fuerza de ley entre las partes, *l.* 2. *C. de leg. et constit*, á no ser que el príncipe interprete por medio de ellos, puntos jurídicos, obscuros y dudosos, *l.* 12. §. 1. *C. lug. cit.*, ó mande espresamente que el decreto se aplique á otros casos semejantes, *l.* 3. *C. lug. cit.*

56. Por último, se sigue, que hablando propiamente, solo los edictos (1) tienen fuerza de ley. De aquí es, que se llaman *leyes edictales perpetuas* ó que *han de valer para siempre*, *l.* 6. *C. de sec. nupt. l.* 2. *C. ubi quis decurial. vel cohort. l.* 6. *C. de divers. pr. urb.*, y tambien *epístolas generales*, *l.* 1. §. 2. *D. de fugit.*, *leyes sagradas. Nov.* 48. *fin.*

(1) Esto es, si las constituciones se consideran en sí; pero como los rescriptos y decretos de los antiguos emperadores, igualmente que los edictos, fueron obteniendo poco á poco autoridad en el foro, y al fin se insertaron por Justiniano en el cuerpo del derecho, se dice que tambien hacen derecho, y que se tienen por ley.

57. A las constituciones *generales* se oponen las *especiales*, que tambien se llaman *privilegios* (quasi *priv. leges*). Gel. *lib.* 10. *cap.* 20.

58. Los *privilegios* son pues las *constituciones de los príncipes por las cuales conceden alguna recompensa*, ó *imponen alguna pena estraordinaria*, *sin que puedan servir de regla para otros casos* (1), §. 6. *Inst. e. t.*

(1) Los autores mas exactos distinguen estos privilegios de los *beneficios de la ley*, ya sean *generales*, como el de restitucion *in integrum*, de inventario, de órden, de division; ya sean *especiales* concedidos á cierta clase de personas, como á las mugeres, á las personas estudiosas, al fisco, á los colegios y corporaciones. Estos se llaman tambien *derechos singulares*, é impropiamente *privilegios. Cujac. obs. lib.* 15. *cap.* 8.

59. Por tanto, los privilegios son ú *odiosos*, *por los cuales se impone una pena mayor que la que señala la ley* (1); ó *favorables*, por *los cuales se concede alguna recompensa*, §. 6. *Inst. e. t.*

(1) Aquéllos fueron prohibidos por las leyes de las doce tablas. *Cic. pro domo cap.* 18. Sin embargo, los tribunos sediciosos los impusieron muchas veces, *Cic. pro domo cap.* 17., y despues los príncipes, *l.* 2. *fin. D. de his, qui sui vel alieni jur. l.* 28. §. 3. *D. de pœn. l. ult. D. si quis à par. manum.* Mas como un buen príncipe casi nunca los impone, al juez no es permitido aumentar ni disminuir la fuerza de la ley, puesto que los privilegios son las constituciones que emanan del príncipe solamente. *l.* 8. §. 2. *C. ad. leg. Jul. de vi publ. vel priv.* Así no se debe escusar la severidad de Galba, cuando aun no era mas que procónsul: véase á Sueton, *en Galba*, *cap.* 9.

60. Los privilegios se conceden ó á la *persona*, ó á la *causa*. Los doctores llaman á aquéllos, *personales*; á éstos, *reales*. Aquéllos espiran con la persona, bien que por las costumbres del dia muchas veces se conceden á las viudas; éstos pasan á los herederos, *l.* 3. §. 1. *D. de cens. l.* 196. *D. de reg. jur.*

61. Siendo los privilegios unas constituciones, se sigue, que solo el príncipe puede concederlos, mas no los magistrados; y que á él toca prefijar los términos que quiera al beneficio que concede, *l.* 191. *D. de reg. jur.* sin que pueda contrariársele, *l.* 3. *D. de constit. princ.*

62. Los edictos de los magistrados pertenecen tambien al derecho escrito. Los pretores, los procónsules, los ediles, curules y otros magistrados acostumbraron publicar edictos, determinando el órden y modo en que habian de decidir los negocios relativos á su jurisdiccion. De aqui nacieron los edictos *urbanos* ó *pretorios*, *provinciales* ó *proconsulares* y *edilicios*, todos los cuales se llaman *derecho honorario*, § 7. *Inst. e. t. l.* 7. §. 1. *D. de just. et jur. l.* 52. §. 6. *D. de oblig. et act.*

63. Aunque los magistrados no fueron legisladores, *l.* 12. §. 4. *D. de Public. in rem. act. l.* 12. §. 1. *D. de bon. possess.*, sin embargo, poco á poco se fueron usurpando la facultad de *ayudar*, *suplir* y *corregir* el derecho, so pretesto de utilidad pública, *l.* 7. §. 1. *D. de just. et jur.* Así se deben entender las palabras de Justiniano en la *Nov.* 25. *pref.* y en la *Nov.* 26. *cap.* 1. §. 1., en donde los pretores se llaman *legisladores*. De aqui tantas acciones *pretorias y edi-*

licias, interdictos, restituciones *in integrum*, y la posesion de bienes; cuyas cosas admitidas al principio en el uso del foro, adquirieron con el tiempo fuerza de derecho escrito. *Cic. de invent. lib. 2. cap. 22*, y particularmente despues que fueron compilados los *edictos perpetuos.*

64. Salvio Juliano compiló, bajo los auspicios de Adriano, el *edicto perpetuo pretorio ó urbano. Const. Tanta*, §. 18. *de confirm. Digest.* Eutrop. *histor. lib.* 8. *cap.* 9. Se ignora el autor y edad del edicto perpetuo *provincial*, pues unos sospechan que se publicó en tiempo de Adriano, y otros de Marco (1). Ambos edictos perecieron, aunque pudo ser que muchas cosas de ellos se hubiesen insertado en el Digesto, porque se encuentran en él tres edictos edilicios, *l.* 27. §. 28. *D. ad leg. aquil. l.* 1. §. 1. *l.* 38. *l.* 40. *y sig. D. de ædil. edict.*

(1) Ninguna de las dos opiniones está bien comprobada. A mí me parece que procónsul y pretor fueron una misma cosa, diferenciándose solamente en las palabras, pues Cayo en el *comentario al edicto provincial* guarda el mismo órden que los jurisconsultos que ilustraron el edicto pretorio. Véase *la l.* 4. *D. quod quisque jur. l.* 1. *D. si quis caut. l.* 1. §. 2. *D. quod cujusc. univers. nom.*

65. Tambien forman parte del derecho escrito las *opiniones de los jurisconsultos*, esto es, las de aquellos á quienes por derecho era permitido (1) consultar. §. 8. *Inst. e. t.*

(1) Esta facultad se concedió al principio á todos aquellos en cuyas luces se confiaba, *l.* 2. §. 47. *D. de orig. jur.* Augusto la restringió despues á ciertas personas, y obligó á los jueces á que no se separasen de su dictámen, §. 8. *Inst. e. t.* Esta facultad se volvió á egercer sin necesidad de licencia desde los tiempos de Adriano, *l.* 2. §. 47. *D. de orig. jur.*; pero en los últimos tiempos fué necesario otra vez que se concediese por beneficio del príncipe, segun lo demuestra el egemplo del Jurisconsulto Inocencio en *Eunap. vida de Chrysanto.*

66. De las interpretaciones, opiniones y disputas de los jurisconsultos se derivaron muchos capítulos de derecho, v. gr. la tutela legítima de los patronos, querella de inoficioso, acciones útiles, acciones de la ley, actos legítimos, *l.* 2. §. 6. *D. de orig. jur.*

67. Llamáronse *acciones de la ley*: 1.º ciertas fórmulas y ritos que debian observarse en la prosecucion de los pleitos, *l.* 2. §. 6. *D. de orig. jur.* (2.º cualesquiera actos así de jurisdiccion contenciosa como voluntaria, que bajo de ciertas fórmulas y ritos se debian celebrar delante del magistrado, en quien residia la accion de la ley; tales fueron la manumision, adopcion, emancipacion, cesion por derecho (1), *l.* 3. *D. de offic. procos. l.* 4. *D. de adopt. l.* 1. *D. de offic. juridic.*

(1) *Cesion por derecho*, en la renuncia que alguno hacia de sus bienes delante del pretor ó gobernador de la provincia, quien los adjudicaba á la persona que los reclamaba. Esto sucedia con mucha frecuencia en el caso de los deudores insolventes. *Nota del traductor.*

68. Fueron *actos legítimos* los negocios que en público ó en privado se celebraban solemnemente; pero no en presencia del magistrado en quien residia la accion de la ley (1). Las acciones de la ley y algunos de los actos legítimos (2) no admitian condicion, dia, ni procurador, v. gr. la mancipacion, aceptilacion, adicion de la herencia, opcion del siervo, dacion de tutor: *l.* 77. *l.* 123. *pr. D. de reg. jur.* ni podian reiterarse, *dicha l.* 123, ni hacerse por el pupilo sin autoridad del tutor, *l.* 19. *D. de auct. tut.*

(1) Así la dacion de tutor era acto legítimo, *l.* 77. *D. de reg. jur.* y aunque el legado procónsul no tenia la accion de la ley, *l.* 3. *D. de offic. procos.* nombraba tutores, *l.* 15. *D. lug. cit.*

(2) Los doctores comunmente atribuyen á todas esta cualidad; pero véase á *Jac. Gotofr. coment. á la l.* 77. *D. de reg. jur.*

69. El derecho *no escrito* ó la costumbre es el *derecho introducido por el voto tácito del pueblo* (en los tiempos libres de la república, pues en el estado monárquico fue con el tácito consentimiento del príncipe), *l.* 32. §. 1. *D. de legib.* Así es que el derecho escrito y el no escrito emanan de una misma fuente, esto es, del legislador.

70. Siendo la costumbre un derecho establecido por el tácito consentimiento del legislador, se sigue que el averi-

guar si se ha introducido tal ó cual costumbre en la nacion, es cuestion de hecho. Que se ha de probar por el transcurso del tiempo y la repeticion de actos conformes, *l.* 1. *C. quæ si long. consu. l.* 34. *D. de legib.* Que luego que esté introducida, tenga la misma fuerza que las leyes, §. 9. *Inst. e. t. l.* 32. §. 1. *D. de legib.* Que derogue é invalide á las leyes anteriores, *l.* 32. §. 1. *D. de legib.* §. 2. *Inst. e. t.* Finalmente, que si se opone á la recta razon y á las buenas costumbres, no se presume que la aprueba el legislador, *l.* 39. *D. de legib. cap.* 1. 2. 3. 7. 10. 11. X. *de consuetud.*

71. Como tantas especies de derecho escrito nacieron de la alteracion que esperimentó el gobierno de Roma, es claro que ya hoy casi no se usan; y por tanto la *ley* es el *precepto comun del legislador que obliga á los súbditos á que arreglen sus acciones conforme á dicho precepto.*

72. El objeto del derecho son las *personas*, las *cosas* y las *acciones*, §. *ult. Inst. e. t.* En el libro 1.° se trata del *derecho de las personas*; en el 2.° 3.° y principio del 4.° del *derecho de las cosas*; y en el cap. 6. y siguientes del libro 4.° del *derecho de las acciones.*

TÍTULO III.

Derecho de las personas.

73. El derecho hace una diferencia muy notable entre *hombre* y *persona. Hombre* es *un ser dotado de alma racional, que reside en un cuerpo humano. Persona* es *el hombre considerado en cierto estado.*

74. Estado es una *cualidad por la cual los hombres gozan de diversos derechos.* Es *natural* ó *civil*, y se subdivide en estado de *libertad*, de *ciudad* y de *familia*, *l. ult. D. de cap. minut.* De aquí el axioma jurídico: que el derecho romano no considera como persona, sino como cosa, al que no goza de ningun estado.

75. Por tanto, el siervo es *hombre*, y tambien *persona* con respecto al estado natural, *l.* 22. *pr. D. de reg. jur.*, mas no al civil. Theofil. *princ. Inst. de stipul. serv.* dice, que no tiene persona ante la ley; *Casiodor. var. lib.* 6. *cap* 8. le numera entre las cosas *mancipi*, y *Ulpian. Fragm.* tit. 19. §. 1. entre las cosas que estan *en el fundo.* La *l.* 32. §. 2. *D. de legat.* 2. el §. 4. *Inst. de cap. demin.* y *la l.* 32. y 209. *D. de reg. jur.* le consideran como *nulo* y *muerto*, porque no goza del estado de libertad, de ciudad, ni de familia.

76. Las personas consideradas en el estado de libertad se dividen en *libres* y *siervos*, y aquéllos se subdividen en *ingenuos* y *libertinos pr.* y §. 5. *Inst. e. t.*

77. Llámanse *libres*, de la palabra *libertad*, y *siervos* de la palabra *servidumbre.* Aquélla es la *facultad natural que tiene cada uno de hacer lo que quiera, á no ser que la fuerza ó la ley se lo prohiban*, §. 1. *Inst. e. t.* Esta por el contrario es *una institucion de derecho de gentes (secundario), por la cual una persona se sujeta contra la naturaleza al dominio de otro* (1), §. 2. *Inst. e. t.*

(1) Ambas definiciones son antiguas y estoicas; y así como los estoicos consideraron libres á todos los hombres; y á la servidumbre contraria á la naturaleza, del mismo modo pensaron los jurisconsultos, *l.* 4. *D. de just. et jur. l.* 32. *D. de reg. jur.*

78. Los romanos tambien consideraron la servidumbre como contraria á la naturaleza, pues por ella el hombre dejaba de ser persona, y pasaba á ser cosa.

79. Los siervos ó *nacen* ó se *hacen.* Nacen de nuestras esclavas, §. 4. *Inst. e. t.* porque los siervos son cosas, y segun los principios jurídicos el feto pertenece como accesorio al dueño de la esclava, §. 19. *Inst. de rer. div. l.* 6. *D. de adquir. rer. dom.*

80. Los siervos se hacen ó por derecho de gentes ó por derecho civil. Se hacen por derecho de gentes, los prisioneros de guerra; y se llaman siervos de *servati*, que significa guardados ó preservados (1); y *mancipia* (2), de la palabra *manucapta*, que quiere decir *cogidos con la mano.*

(1) Esta etimología es verdaderamente estoica, pues solian los estoicos, y á su egemplo los jurisconsultos dar en vez de etimologías gramaticales, ciertas alusiones muy violentas. Tales son la etimología del testamento, *pr. Inst. de testam. ordin.* del mútuo, *l.* 2. §. 2. *D. de reb. cred.* del peculio, *l.* 5. §. 3. *D. de pecul.* de la redibitoria, *l.* 21. *pr. D. de ædil. edict.* del divorcio, *l.* 2. *pr. D. de divort.*

(2) Aunque esta palabra significa en castellano *esclavos*, he preferido ponerla en latin, para que pueda conocerse el verdadero sentido en que la usaron las leyes romanas. *Nota del traductor.*

81. Segun el derecho civil de Justiniano (1), se hacen siervos por via de pena, los mayores de veinte años que consienten en ser vendidos para participar del precio, §. 4. *Inst. e. t.*, y los libertos ingratos con su patrono, §. 1. *Inst. de cap. dem. l. un. C. de ingrat. lib.*

(1) Por derecho antiguo tambien se hacian siervos: 1.º Los que rehusaban inscribirse en el censo, ó alistarse en la milicia, *Cic. pro Cæcin. cap.* 34.: 2.º Los condenados á último suplicio ó siervos de la pena, §. 3. *Inst. quib. mod. jus. patr. pot. solv.*: 3.º Segun el senadoconsulto Claudiano, las mugeres libres que contraían relaciones ilícitas con siervos agenos: 4.º Los *asertos* (*a*) por otro, y llamados por edicto; y dando caucion, no comparecian dentro de un año. Pero el censo y la milicia escogida ya no existian en tiempo de Justiniano, quien revocó el senadoconsulto Claudiano, *l. un. de C. SC. Claud. toll.* y la servidumbre de la pena en cuanto á la sucesion de los cognados, *Nov.* 22. *cap.* 8. Tambien restringió la asercion, *l.* 1. y 2. *C. de adsert. toll.*

(*a*) Llamóse *aserto*, el hombre libre á quien se reclamaba como esclavo, y *asertor* el que reclamaba. De aquí se infiere el sentido en que se debe tomar la palabra *asercion* usada en este párrafo. *Nota del traductor.*

82. Como los siervos dejaban de ser personas, y pasaban á ser cosas, se dice muy bien, que entre ellos no hay diferencia en cuanto á su estado; pero sí respecto de su condicion, pues se les empleaba en distintos servicios segun su capacidad. Su suerte era tambien aun mas soportable que la de aquellos que esperaban la libertad dentro de cierto tiempo ó bajo de condicion, *l.* 9. *D. de stat.*, *lib.* y que aun la de los ascripticios y colonos, *l.* 2. *l.* 4. *C. de agric. et cens.* Cuyac. *Nov.* 162. *cap.* 3.

TÍTULO IV.

Ingenuos.

83. Los *ingenuos* (que se llaman libres (1) por escelencia), toman este nombre de *gignendo*, palabra formada del verbo *gigno*, que significa engendrar, porque la libertad se consideraba en ellos como engendrada; ó como dice Isidoro *Orig. lib.* 9. *cap.* 4., parece que *tienen la libertad en el linage, y no en hechos.*

(1) En la *l.* 4. *D. de just. et jur.* Ulpiano considera como diferentes los *libres*, *siervos* y *libertinos*. Esta observacion sirve para esplicar algunos testos obscuros, v. gr. la *l.* 2. *pr. C. Theod. de liberal. causs.*

84. Por tanto, se llama ingenuo el *que es libre desde que nace*, *pr. Inst. e. t.*

85. Se ha introducido en favor de la ingenuidad el axioma siguiente: *es ingenuo todo el que nace de madre que ó al tiempo de la concepcion, ó al del parto, ó durante su embarazo, fue libre aun por un momento siquiera*, *pr. Inst. e. t.*

86. De lo que se sigue, que es ingenuo el hijo de padres libertinos, el de madre libre y padre esclavo, y el de padre incierto, si la madre es libre (1); que la manumision no perjudica á la ingenuidad, si algun ingenuo fuere esclavizado injustamente, §. 1. *Inst. e. t.*, v. gr. si le hubieren cogido los ladrones, *l.* 13. *pr. D. qui testam. fac. poss.*; y por último, que los hijos vendidos por el padre, segun lo permitia el derecho antiguo, dados en noxa, ó adjudicados á los acreedores, si despues eran manumitidos, no eran libertinos sino ingenuos. *Quintil. Inst. Orat. lib.* 5. *cap.* 10. *lib.* 7. *cap.* 3. *Declam.* 311. 340. y 342.

(1) Aunque los hijos siguen la condicion del padre, esto no tiene lugar cuando no hay matrimonio, pues sin él se supone que no hay padre. Por tanto, el hijo sigue entonces la condicion de la madre, *l.* 19. *D. de stat. hom.*

87. Que uno sea ó no libre desde que nace, es cuestion de hecho; en cuyos casos, teniéndose por verdad el juramento y la cosa juzgada, *l. 207. D. de reg. jur. l. 8. C. de reb. cred.*, se sigue, que el libertino declarado en juicio por ingenuo, sea reputado por tal, *l. 25. D. de stat. hom.*, y tambien aquel que jure que es ingenuo, defiriendo el patrono á su juramento, *l. 30. §. 4. D. de jurejur.*

TÍTULO V.

Libertinos.

88. Los libertinos (1) en contraposicion á los ingenuos son los *manumitidos de una servidumbre legítima, pr. Inst. e. t. l. 6. D. de stat. hom.*

(1) Se llaman *libertinos* con respecto al estado, y *libertos* con relacion al patrono. Antiguamente era liberto el manumitido, y libertino el que nacia de liberto. *Sueton. Claud. cap.* 24. (*a*).

(*a*) Heineccio dice en la nota anterior: *se llaman libertinos con respecto al estado*: yo creo que sería mas exacto decir, *con respecto á los individuos*, escluyendo de este número al patrono. Ilustremos esto con un egemplo. Sea Juan el manumitente y Pedro el manumitido: Pedro será *liberto* respecto de Juan su patrono; pero respecto de Antonio ó de otro cualquiera, ¿qué será? sin duda que *libertino*. Mas segun el autor, no se le puede dar esta denominacion, porque él la aplica con respecto al estado, y se sabe que éste nunca debe confundirse con Antonio ni con otro particular. Heineccio, fundado en lo que dice Suetonio, afirma que antiguamente se llamó liberto el manumitido, y libertino el que nacia de liberto. Tampoco convengo con él. Esta distincion no se encuentra en ninguno de los clásicos; antes por el contrario, autores que han florecido en distintas edades, han aplicado ambas palabras á una misma persona. *Plaut. Mil. Glor.* IV. 1. 15. y 16. *Ciceron contra Verres* I. 47. Livio dice, que habian sido esclavos aquellos á quienes Ciceron llama *libertinos* en el *lib.* 1. *cap.* 9. *de su orador*. *Séneca en su vida feliz* 24. *epistol.* 31. y en otros parages contrasta los *siervos* á los *libres*, y los *ingenuos* á los *libertinos*. Véanse las antigüedades romanas de *Alejandro Adam* en el art.º *Ingenuos y libertinos*. *Nota del traductor*.

89. *Manumision*, es *dar ó dejar de mano, pr. Inst. e. t.*

La *mano* era por nuestro derecho y entre los antiguos un símbolo de poder, *Livio, lib.* 34. *cap.* 11.; y como los siervos son cosas, es claro que los amos pueden renunciar el dominio que tienen en ellos, dándoles la libertad.

90. Los modos antiguos y solemnes de manumitir fueron el *censo*, el *testamento* y la *vindicta*. *Cic. in Top. cap.* 2. *Ulpian. Fragm. tit.* 1. §. 8. Pero habiéndose abolido el *censo lustral* desde los tiempos de Diocleciano, *Censorin. de die nat. cap.* 18., Constantino M. introdujo en su lugar la manumision hecha en las *sacrosantas iglesias*, *l.* 1. y 2. *C. de his qui in SS. eccles.*, cuyas leyes son las únicas que quedan de las tres constituciones que publicó sobre este objeto, segun dice *Sozom. hist. eccles. lib.* 1. *cap.* 9. Por esto es, que omitido el censo, Justiniano solamente agrega este modo á los demas, §. 1. *Inst. e. t.*

91. Los modos nuevos y menos solemnes fueron varios (1), v. gr. por *carta*, *entre amigos*, §. 1. *Inst. e. t.*, por *convite*, *Cay. Inst. lib.* 1. *tit.* 1. §. 2., por *darle el nombre de hijo*, §. 12. *Inst. de adopt.*

(1) No se crea que estos eran los únicos modos, pues las esclavas se libertaban si el amo las ponia el vestido de las matronas, y los siervos que por voluntad del amo firmaban las tablas, *Quint. declamac.* 341. y 342., ó aquellos á quienes cogiéndolos el amo por la mano derecha, les hacia dar una vuelta. *Apian. de bello civ. lib.* 1. Tambien se reputaba como libre el muchacho á quien los venalicios ponian la bula y la toga pretesta (*a*). *Suet. ilustr. orad. cap.* 1. *Meril. obs. lib.* 7. *cap.* 14.

(*a*) Llamáronse en Roma *Venalicios* ó *Mangónes* los traficantes de carne humana, quiero decir, los que se ocupaban en el vergonzoso, bárbaro é infame comercio de esclavos. Por *bula* no se entienda aquí el documento pontificio con que se compra la remision de los pecados y la facultad de comer carne en ciertos dias del año; sino un globo hueco de oro que colgándose del cuello caía sobre el pecho de los muchachos romanos. Algunos dicen que no era un globo, sino un corazon; pero otros afirman que tenia la figura circular, y que el corazon estaba grabado en él. Los libertinos y personas pobres usaron de una bula de cuero. *Nota del traductor*.

92. Se libertaban por el *censo lustral*, los siervos que por mandato de su señor asentaban sus nombres en el cen-

so, *Ulpian. Fragm. tit.* 1. §. 8., y despues asistian al lustro, *Cic. de Orat. lib.* 1. *cap.* 40. Pero este modo ya no se usaba en tiempo de Justiniano.

93. La manumision en las *sacrosantas iglesias* se hacia, llevando á ellas los esclavos, particularmente en el dia de Pascua (*Greg. Nyssen. Orat. II. de resurr. Christi*, *l.* 7. *C. de fer.*); y en presencia de la plebe y de los Obispos cristianos, los amos los libertaban, leyéndose entonces en vez de las actas, un libelo solemne ó escritura en que firmaban como testigos, *l.* 1. *C. de his qui in SS. eccles. Jac. Gothofred.* á la *l. un. C. Th. lib.* 4. *tit.* 7. *pag.* 355. *tom.* 1.

94. Los siervos se manumiten por testamento, porque son cosas, y la ley de las doce tablas permite á cada uno disponer de lo que es suyo, *l.* 120. *D. de verb. sign.* Esto se hace ó *directamente*, ó por *fideicomiso*. La manumision *directa* la hace el mismo testador, ó *espresamente* diciendo: *sea Sticho libre*; ó *tácitamente*: *sea Sticho heredero ó tutor de mis hijos*; porque queriendo que su siervo sea heredero ó tutor, tambien quiere que sea libre, §. 2. *Inst. qui et ex quib. causs. manumiss. l. penult. C. de necess. serv. her. Inst.* §. 1. *Inst. qui testam. tut. dar. poss. l.* 32. §. 2. *D. de testam. tut.* Por *fideicomiso* es, cuando el testador manda que el heredero ó el legatario manumitan al siervo, §. 2. *Inst. de reb. sing. per fideic. rel.*

95. La manumision por *vindicta*, era una accion de la ley, y así se debia hacer con ciertas fórmulas y ritos delante del magistrado á quien competia la accion de la ley (1). Mas como era un acto de jurisdiccion voluntaria, no era preciso que se hiciera *pro tribunali*, sino que el siervo quedaba bien manumitido, aun cuando la manumision se hiciese al tiempo de ir el pretor ó el gobernador al baño ó al teatro, §. 2. *Inst. e. t. l.* 7. *D. de manumiss. vind.*

(1) El rito consistia en que el amo hiciese girar al siervo, *Pers. Sat. V. v.* 75., le diese una bofetada, y despues le soltase de la mano, diciendo estas palabras: *quiero que este hombre sea libre*. Hecho esto, el lictor daba al siervo un golpe en la cabeza con una varilla que se llamaba *vindicta* de *Vindicio*, siervo á quien se manumitió de este modo. *Liv. lib.* 2. *cap.* 5. *l.* 2. §. 24. *D. de orig. jur.*

96. Estos son los modos solemnes de manumitir. La manumision por *carta* se hacia sin solemnidad, y por esto los ausentes podian ser manumitidos de este modo, *l.* 38. *pr. D. de adquir. vel amitt. possess.* Justiniano exigió despues la firma de cinco testigos, *l. un.* §. 1. *C. de Lat. libert. toll.*

97. El amo manumitia *entre amigos*, cuando mandaba delante de cinco testigos que el esclavo fuese libre, *l. un.* §. 2. *de Lat. libert. toll.*

98. Habiendo sido indecoroso antiguamente que el amo se sentase á la mesa con sus esclavos (*Heinec. antig. rom. e. t.* §. 8.), se supuso que cuando lo hacia, les daba la libertad por *convite* (1). *Cay. lib.* 1. *Inst. tit.* 1. §. 2.

(1) Muchos, pero con poca exactitud, refieren á esto las palabras del Salvador. *Luc. cap.* 12. *v.* 37.

99. Como antiguamente el siervo adoptado por el amo se hacia libre, Justiniano siguiendo á Caton y á otros antiguos, determinó que fuese libre el siervo á quien el amo daba por medio de los registros públicos el *nombre de hijo*; mas no por esto adquiria los derechos de tal, §. 12. *Inst. de adopt.*

100. Todos los manumitidos adquirian la libertad, y de cosas pasaban á ser personas. Antiguamente, segun lo dispuesto por Servio Tulio (*Dionis. Halic. lib.* 4. *pag.* 126.), no hubo diferencia alguna en la condicion de los libertinos, pues todos no solamente adquirian la libertad, sino tambien los derechos de ciudadanos romanos. *Cic. pro Corn. Balb. cap.* 24.

101. Mas luego que los amos empezaron á manumitir aun por causas leves á los esclavos mas indignos, y que una multitud de libertinos criminales se convertian en ciudadanos, se mandó por la ley *Elia Sencia*, publicada á los 755 años F. R. en tiempo de los cónsules *Sext. Elio Caton* y *C. Sencio Saturnino*, que de cualquier modo que adquiriesen la libertad los siervos públicamente azotados, presos, atormentados ó marcados con hierro por crímen ó por noxa, condenados á cadenas ó á ser víctima de las bestias, no

fueran de mejor condicion que los dediticios, *Dio. Cas. lib.* 55. *pag.* 556. *Suet. Aug. cap.* 40. *Ulpian. Fragm. tit.* 1. §. 1. *Cay. Inst. lib.* 1. *tit.* 1. §. 3.; esto es, aquellos que entregaban á los Romanos sus personas y todas las cosas divinas y humanas. *Car. Sigon. derecho antig. de Ital. lib.* 1. *cap.* 1. *pr.* 47.

102. Por la misma causa estableció despues la ley Junia Norbana, publicada á los 771 años F. R. en tiempo de los cónsules *M. Junio Silano* y *L. Junio Norbano*, que los manumitidos segun los modos menos solemnes, ó aquellos á quienes la ley Elia Sencia permitia quedar en libertad, no adquiriesen los derechos de ciudadanos, sino los de *colonos latinos. Ulpian. Fragm. t.* 1. §. 10. *Cay. Inst. ibid.* §. 11. Véase nuestro comentario *á la l. Jul. y Pap. Popp. lib.* 2. *cap.* 10.

103. De aquí fue, que los libertinos se consideraron en tres estados; á saber, los que adquirian una justa libertad (1) y se hacian *ciudadanos* romanos, los que se llamaban *latinos junianos*, y los *dediticios*, §. 3. *Inst. e. t.*

(1) Llamóse justa libertad, la adquirida por cualquiera de los modos solemnes. *Nota del traductor.*

104. Los *ciudadanos* gozaban de los derechos de connubio, de contrato, de testamentifaccion, y de otros que pertenecian al derecho público y privado de los romanos. Los *latinos* participaban en cierto modo del derecho de comerciar (*Ulpian. Fragm. tit.* 19. §. 4. *tit.* 20. §. 8.); pero no del de testamentifaccion, ni de connubio, á no ser que éste se les hubiese concedido especialmente. *Ulp. tit.* 17. §. 1. y *tit.* 5. §. 4. Los *dediticios* no gozaban de ninguno de estos derechos, y no tenian ni aun la esperanza de aspirar á mejor condicion ó á una justa libertad.

105. Mas Justiniano abolió primeramente esta diferencia, §. *ult. Inst. e. t. l. un. C. de Lat. lib. toll.* y *l. un. C. de dedit. lib. toll.*, y despues concedió á los libertinos la *ingenuidad* y el derecho de usar anillos de oro; de suerte que á escepcion del *derecho de patronato*, casi abolió toda la diferencia que habia entre ingenuos y libertinos. *Nov.* 78. *cap.* 1.

106. Antiguamente existieron relaciones muy estrechas entre el manumisor y el liberto. Éste debia á aquél el ser persona, pues antes era cosa. De aquí fue que el patrono se consideró como su padre y prógimo agnado, cuyo nombre tambien acostumbró tomar. *Lactanc. Inst. divin. lib.* 4. *cap.* 3. *l.* 94. *D. de leg.* 3. *l.* 88. §. 6. *D. de leg.* 2. *l.* 108. *D. de condit. et dem. Vinn. al. princ. Inst. de success. libert.* y lo que notamos allí, *pag.* 566.

107. Habiéndose considerado á los manumisores como padres respecto de los libertos, se siguió, que los *directamente* manumitidos en testamento, no tuviesen patrono; mas los que hubiesen conseguido la libertad *indirectamente*, esto es por medio de fideicomiso, debiesen al heredero ó al legatario los derechos de patronato. De aquí es que aquellos se llaman libertos *orcinos*, porque su patrono yace en el *orco* (regiones inferiores), *Cuyac. obs. lib.* 3. *cap.* 23. Siguióse tambien, que debiesen á sus patronos respeto y reverencia, *l.* 9. *D. de obseq. parent. et patr. præst.*; que estuviesen obligados á prestar las obras oficiales, *l.* 9. §. 1. *D. de oper. libert.*, pero no las fabriles (1), á no ser que se debiesen por promesa ó juramento, *l.* 3. *pr. l.* 5. *l.* 7. §. 3. *D. lug. cit.*; que muerto el liberto sin sucesion, el patrono le sucediese ab intestato, *pr. Inst. de succ. libert.*; que el liberto centenario (2) que no tenia prole, estuviese obligado á dejar la tercera parte de sus bienes al patrono, y si no lo hacia, se diese á éste la posesion *contra tabulas* de dicha parte de bienes, §. 3. *Inst. de succ. libert.*; finalmente, que los derechos de patronato en cuanto á las obras oficiales pereciesen por la capitis diminucion, y los demas por la máxima y la media, §. 1. *Inst. de adquisit. per arrogat.*

(1) Llamáronse obras *fabriles*, las que los artesanos prestaban al patrono en sus respectivos oficios; v. gr. si era zapatero, haciéndole zapatos; si sastre, vestidos, &c. Las *oficiales* consistian, en que el liberto acompañase al patrono á los convites, teatros y demas parages públicos. *Nota del traductor.*

(2) La palabra centenario se esplicará en el *lib.* 3. *tit.* 8. *de la sucesion de los libertos. Nota del traductor.*

TÍTULO VI.

Quiénes, y por qué causas no pueden manumitir.

108. La ley Elia Sencia fue, segun digimos, la primera que coartó la amplia facultad de manumitir concedida á los romanos. *Dio. Cass. lib. 55. pag. 556.*

109. La ley Elia Sencia contenia entre otros capítulos, los dos siguientes (1), á saber: *que ninguno manumitiese en fraude de los acreedores, pr. Inst. e. t.; que ningun amo menor de veinte años pudiese manumitir sino bajo ciertas condiciones, §. 4. Inst. e. t.*

(1) La ley Elia Sencia no constaba solamente de estos dos capítulos como pareció á muchos, sino tambien de otros varios que á cada paso se mencionan en *nuestr. antig. rom. est. tit.* §. 3. *y sig.* Justiniano solamente habla de estos dos, porque son los únicos que vienen al caso. En la tercera edicion de *nuestr. antig. rom. de este tit.* se encuentra esta ley íntegra y ordenada.

110. Por el primer capítulo se mandó, que *la manumision hecha en fraude de los acreedores fuese nula, pr. Inst. e. t. l. 16. §. 2. D. qui et à quib. manumiss. lib.* Por tanto, los manumitidos quedaban siendo siervos (1), pues aunque las cosas enagenadas en fraude de los acreedores podian revocarse por la accion Pauliana (2), esto no tenia lugar cuando la libertad llegaba á darse, *l. 1. D. de his, quæ in fraud. credit.*

(1) Los antiguos Jurisconsultos, y aun los mismos príncipes, hablan impropiamente cuando dicen que la libertad se rescinde por la ley Elia Sencia, *l. 5. §. 2. D. qui et à quib. manumiss.*; que se *retrae, l. 45. §. 3. de jur. fisc.*; y que aun se *revoca, l. 1. C. qui manum. non poss.* Sin embargo, yo no diré con *Fr. Brooeo*, que Justiniano erró en este párrafo.

(2) La accion Pauliana solamente se daba contra el poseedor de la cosa enagenada, que era sabedor del fraude, *l. 1. pr. l. 6. §. 8. y l. 9. D. quæ in fraud. cred.*; pero el siervo manumitido no poseía la cosa enagenada, esto es la servidumbre. Ademas, ni la libertad que adquiria el siervo era enagenada por el amo, ni aquél era siempre sabedor del fraude.

111. El fraude no solamente supone *afecto* ó intencion de dañar, sino tambien *efecto*; de suerte que dada la libertad, el manumisor quede insolvente, §. 3. *Inst. e. t. l. 10. D. qui et à quib. manumiss.*

112. De aquí se sigue, que la manumision no se entiende hecha en fraude de los acreedores, cuando el manumitente cree que le quedan bienes con que pagar, §. 3. *Inst. e. t.*; pero si la libertad se deja por medio de fideicomiso, entonces basta el efecto, aunque no haya ánimo de defraudar, *l. 4. §. 19. fin. D. de fideic. libert.*

113. Tambien se sigue, que es válida la manumision, si el amo aunque no tenga con que pagar, instituye de *heredero necesario* á uno de sus siervos con libertad ó sin ella, y carece de otro heredero instituido en testamento, §. 1. 2. *Inst. e. t.*; porque parece que no lo hace con ánimo de defraudar, sino de evitar la ignominia que recaeria sobre su memoria (1), §. 1. *Inst. e. t.*

(1) Era muy ignominioso que los acreedores tomasen posesion de los bienes, *Cic. pro P. Quint. cap.* 15.; mas instituido un heredero necesario, los bienes se vendian no en nombre del difunto, sino del heredero.

114. Por el último capítulo se mandó que el menor de veinte años no pudiera manumitir, á menos que fuese, 1.° por *vindicta*: 2.° en *consejo*, el cual se compuso en Roma de cinco senadores y de otros tantos caballeros, v. gr. los decemviros nombrados para juzgar los pleitos, y en las provincias de veinte y cinco recuperadores ciudadanos romanos, *Ulpian. tit. 1. §. 12. 13., Ger. Noodt. de jurisd. lib. 1. cap. 12.*: 3.° por *justa causa*, §. 4. *Inst. e. t.*, la que aprobada una vez, aunque despues apareciese falsa, no invalidaba la libertad, §. 6. *Inst. e. t.*

115. Por justa causa se entendia la manumision hecha en favor del padre ó de la madre, del hijo ó hija, hermanos ó hermanas, pedagogo, criandera, ayo, alumno ó alumna, hermano de leche, siervo mayor de diez y siete años nombrado de procurador (1), ó finalmente de la es-

clava, para que casase dentro de seis meses, á no ser que causas justas (cuales son las de la *l. 17. D. de sponsal.*) impidiesen la celebracion del matrimonio (2), §. 5. *Inst. e. t. l. 9. l. 11. sig. de manumiss. vind.*

(1) Para pleitos sin duda, pues para negocios estrajudiciales no se necesita la libertad ni la edad de diez y siete años. *Arg. l.* 7. §. 1. 2. *l.* 8. *D. de institor. ac Voec. elem. jur. e. t.* §. 4.

(2) Todas estas causas no se derivan de la ley Elia Sencia, pues en aquel tiempo ningun ciudadano podia casar con libertina. Esto se concedió despues por la ley Papia Poppea en el año 762. F. R. *Dio. Cass. lib.* 54. *p.* 831. Segun dice Ulpiano *l.* 13. *D. de manumiss. vind.* este derecho emanó mas bien de algun senadoconsulto.

116. Justiniano revocó este último capítulo, facultando á los mayores de diez y siete años para que manumitiesen entre *vivos*, §. *ult. Inst. e. t.*; y á los que pudieran testar, para que lo hiciesen en *testamento. Nov.* 119. *cap.* 2.

TÍTULO VII.

Revocacion de la ley Fusia Caninia.

117. Los romanos, que tan imprudentemente manumitieron entre vivos, es fácil de concebir que todavía lo fueron mucho mas al tiempo de su muerte. El deseo de pasar á la posteridad con el nombre de generosos, y de que asistiesen á sus funerales muchos libertinos (1), les indujo á recompensar con la libertad casi todos los servicios que les habian hecho sus esclavos.

(1) Los libertinos usaron un gorro ó bonete de paño, el cual se llamó *pileo*: de aquí es que estos libertinos se llamaron *pileati. Nota del traductor.*

118. Augusto, animado del laudable objeto de impedir la deshonra que estos indecentes libertinos causarian á la república, pensó coartar la licencia de manumitir. Suet.

Aug. cap. 40. Esto se hizo por la ley *Fusia Caninia*, publicada á los 751. años F. R. en tiempo de los cónsules *Sex. Furio Camilo* y *C. Caninio Galo*. Véanse *las antig. rom. e. t.* §. 1.

119. Esta ley mandó: 1.° que el que no tuviese mas de diez esclavos, pudiera manumitir hasta la mitad; que el que tuviese treinta, hasta la tercera parte; el que ciento, hasta la cuarta; el que quinientos, hasta la quinta, no pudiendo el testador libertar en ningun caso mas de ciento: 2.° que si se manumitia un número mayor, solamente se libertasen los primeros nombrados: 3.° que si los manumitidos no se nombraban ó inscribian sus nombres en el orbe ó círculo *tereto* (1), ninguno fuese libre. *Ulpian. Fragm. tit.* 1. §. 24., *Paul. Sentec. rec. lib.* 4. *tit.* 15., *Cay. Inst. lib.* 1. *tit.* 2. §. 1.

(1) La esplicacion estensa del círculo tereto se puede ver en las *Obs. lib.* 7. *cap.* 40. *de Em. Meril.*

120. Mas esta ley tan saludable á la república, fue derogada por Justiniano, fundándose en la futil razon de que á los moribundos se debe conceder lo mismo que á los que estan sanos, §. *un. Inst. e. t.*

TÍTULO VIII.

Personas de su derecho ó de ageno derecho.

121. Hasta aquí se ha tratado de la primera division de las personas, á saber: *libres* y *siervos*. Consideradas en el estado de familia son ó de *su derecho* ó *de ageno derecho, pr. Inst. e. t.* Esta division es mas estensa que la primera, porque todos los hombres de su derecho son libres, y todos los siervos son de ageno derecho; pero ni todos los libres son de su derecho, ni todos los de ageno derecho son siervos.

122. Son de *su derecho*, los que *no dependen ni de la dominica ni de la patria potestad*. Son de *ageno derecho*, los *que*

estan sujetos á otro. Aquéllos se llaman *padres* ó *madres de familia*; éstos, *hijos* ó *hijas de familia*, *siervos* ó *siervas*, *l.* 4. *D. e. tit.* En este título se tratará de la *dominica*, y en el siguiente de la *patria potestad.*

123. Como los esclavos eran cosas *mancipi*, estaban bajo del *dominio quiritario*, *Ulpian. Fragm. tit.* 1. §. 16.; y por tanto, el amo tenia sobre los siervos el mismo derecho que sobre las demas cosas sujetas á su dominio.

124. En consecuencia, el amo tenia: 1.° *derecho de vida y muerte* sobre el esclavo, §. 1. *Inst. e. t. l.* 1. §. 1. *D.*: 2.° los siervos estaban en *comercio*, y así podian venderse, donarse, legarse, y transferirse á otros por cualquier título: 3.° los siervos no tenian nada propio, pues todo lo que adquirian de cualquier modo que fuese, era para su señor. Véase el *lib.* 2. *tit.* 9.

125. Mas las crueldades cometidas con los esclavos, *Senec. de ira*, *lib.* 3. *cap.* 4. *de clement. cap.* 18., *Plin. hist. nat. lib.* 9. *cap.* 23., y el interés que el estado tiene en que nadie abuse de sus cosas, obligaron al fin al legislador á privar á los amos del derecho de vida y muerte, §. 2. *Inst. e. t.*, condenándoles la ley Cornelia á deportacion ó á último suplicio, ya fuese que matasen á un siervo propio, ya ageno (1), §. 2. *Inst. e. t. l.* 1. §. 2. *l.* 16. *D. ad leg. Corn. de sicar.*, á no ser que tuviesen justa causa, v. gr. si el esclavo hubiese asechado la vida del amo, ó éste le hubiese sorprendido cometiendo adulterio, *l.* 53. §. 3. *D. de leg.* 1. *l.* 96. *D. de verb. oblig.* §. 2. *Inst. de leg. Aquil. l.* 24. *D. pr. ad leg. Jul. de adult.*

(1) Aunque no se ha privado á los amos del derecho de castigar á los esclavos, *l. un. C. de emend. serv.*, sin embargo, en cierto modo se favorece á los que han sido maltratados por el dueño, como se puede ver en el §. 2. *Inst. e. t. l.* 2. *D. e. t.*

TÍTULO IX.

Patria potestad.

126. No solamente los siervos son de ageno derecho, sino tambien los hijos é hijas de familia, *l.* 4. *D. de his qui sui*, porque estan bajo la patria potestad.

127. Aunque esta potestad es en sí de derecho de gentes, *l.* 2. *de justit. et jur.*, en cuanto á su forma es un derecho propio de los ciudadanos romanos, pues nadie ha usado de este derecho del modo que lo hicieron ellos (1), §. 2. *Inst. e. t.*

(1) Así lo muestra *Dionys. Italic.* en la hermosa comparacion que hace entre griegos y romanos en el *lib.* 2. *pag.* 96.

128. Los hijos de familia eran ingenuos y ciudadanos, mas no padres de familia. Se reputaban como personas respecto de otros ingenuos y ciudadanos (en lo que se distinguian de los siervos), mas no del *padre*, pues en cuanto á éste se consideraban cosas *mancipi* (1) lo mismo que los siervos.

(1) Podian manciparse como las cosas *mancipi*, *Cay. Inst. lib.* 1. *tit.* 6. §. 3.; podian vindicarse, *l.* 1. §. 2. *D. de rei vind.*, si alguno los hurtaba; podian ser reclamados con la accion de hurto, *l.* 14. §. 13. y *l.* 38. §. 1. *D. de furt. Bynkershoek de jur. occid. lib. cap.* 1. *pag.* 145. Todo lo cual recae en las cosas y no en las personas.

129. La *patria potestad* es, el *dominio quiritario que compete al padre sobre los hijos. Bynkershoek ibid.* No pertenecia á la madre, porque ella estaba por derecho antiguo bajo la potestad del marido, como si fuera hija de familia. Véase nuestro comentario á la *l. Jul. y Pap. Popp. lib.* 2. *cap.* 12. *p.* 138.

130. Por tanto, el padre y no la madre tenia sobre los hijos el mismo derecho que un amo sobre sus cosas ó siervos (1).

(1) La patria potestad era en ciertas cosas mas dura que la dominica, pues vendido el hijo tres veces, y manumitido dos, aun recaia bajo la patria potestad. *Ger. Noodt. Probabil. lib.* 2. *cap.* 9. *p.* 64.

131. De lo que se sigue claramente: 1.° que los padres tenian *derecho de vida y muerte* sobre sus hijos, *l.* 11. *D. de liber. et postum. Dionys. Halic. lib.* 2. *p.* 96. (1): 2.° que podian venderlos hasta tres veces, segun lo establecido por Rómulo, pues aunque fuese vendido dos veces, y manumitido otras tantas, siempre recaía bajo la patria potestad, siendo necesaria la tercera manumision para que llegase á ser hombre de su derecho, *Dionys. Halicarn. lib.* 2. *p.* 97.: 3.° que el hijo ó hija podian darse como *noxa* lo mismo que el siervo, §. 7. *Inst. de noxal. act.*: 4.° que todo lo que adquirian los hijos, era para los padres. Véase el *lib.* 2. *tit.* 9.: 5.° que no solamente estaban bajo la patria potestad los hijos y las hijas, sino tambien los nietos y nietas, biznietos y biznietas habidos de hijos que estaban bajo la potestad del abuelo ó bisabuelo paterno, §. 3. *Inst. e. t.*

(1) No porque les fuese lícito matar indistintamente á los hijos inocentes, sino porque podian castigarlos como jueces ó magistrados *domésticos*, segun los llama *Senec. Contr. lib.* 2. *contr.* 3. *lib.* 3. *cap.* 2. *de benef.*; ó como censores de sus hijos, segun *Sueton. Claud. cap.* 16. Véanse nuestras *antig. rom. e. t.* §. 5.

132. Estos son los efectos del dominio; mas como los hijos no son personas respecto del padre, sino cosas, se sigue que el padre y el hijo se tengan por *una persona* en los negocios privados (1), *l. ult. C. de impub. et al. subst.* Que entre ellos no se dé accion, *l.* 4. *D. de judic.* ni obligacion, §. 6. *Inst. de inutil. stipul.* Que el padre pueda nombrar tutor á sus hijos, §. 3. *Inst. de tutel.*; y sostituirles pupilarmente, *pr. Inst. de pupil. subst.* Que los hijos no puedan contraer nupcias, *pr. Inst. de nupt.*, recibir dinero prestado, ni hacer cosa alguna de importancia sin *consentimiento del padre.* Despues demostraremos en sus respectivos lugares, que todas estas consecuencias nacen del referido principio.

(1) No en los negocios públicos. El hijo de familia se considera como cosa, solamente respecto de su padre, pues por lo demas goza de ingenuidad y de los derechos de ciudad; y en cuanto á los cargos públicos se tiene como padre de familia, *l.* 9. *D. de his qui sui vel al. jur.* Los derechos del padre, segun dice Gel. *lib.* 2. *cap.* 11. deben cesar cuando se comparan con la potestad conferida al hijo en virtud de la magistratura. Véase la *l.* 13. §. 5. *y l.* 14. *D. ad SC. Trebel.* ilustradas por Bynkershoek. *obs. lib.* 1. *cap.* 18. *pag.* 75.

133. Este poder se fue disminuyendo poco á poco; y así es, que el padre ya no tiene el derecho de vida y muerte, sino el de castigar moderamente, *l.* 3. *C. de patr. pot. l. un. C. de emend. propinq. l. un. C. de his qui par. vel lib. occid.*, y el de prescribir la sentencia al magistrado en los delitos atroces, *l.* 3. *C. de patr. pot.*

134. Por derecho nuevo, el padre no puede vender á los hijos sino en la última necesidad; y solo puede hacerlo respecto de los sanguinolentos, *l.* 2. *C. de patr. qui fil. distr.*; esto es, de los recien nacidos que manchados de sangre aun penden de las entrañas maternales.

135. El derecho de adquirir por medio de los hijos tambien se restringió mucho con la institucion de los peculios, segun se verá en el *lib.* 2. *tit.* 9.

136. Finalmente, el §. 7. *Inst. de noxal. act.* prohibe que los hijos ó hijas de familia se entreguen como noxas.

137. Habiendo por derecho romano poca diferencia entre la dominica y la patria potestad, se sigue que los hijos, á la manera que los siervos, ó *nacen* ó se *hacen. Nacen* de *legítimas nuptias*, con tal que sean dados á luz en tiempo legítimo, *l.* 6. *D. de his qui sui vel al. jur. l.* 12. *D. de stat. hom. l.* 9. *C. de nupt. l.* 3. §. *pen. D. de suis et legit. hered.* Se *hacen* ó por *legitimacion* ó por *adopcion*, *pr. Inst. e. t.* §. 13. *Inst. de nupt. pr. Inst. de adopt.* Por esto es, que en el

título 10 se trata de las *nupcias* y de la *legitimacion*, y en el 11 de la *adopcion*.

TÍTULO X.

Nupcias.

138. La reunion de los dos sexos es en sí de derecho natural y de gentes, *l.* 1. §. 3. *D. de just. et jur.*; pero recibió nueva forma así de las *leyes romanas* como de las *pontificias*. Por tanto estas cosas deben considerarse separadamente.

139. Las nupcias son segun el derecho natural, la *reunion de los dos sexos con el fin de propagar su especie*. Entre los romanos, fueron la *union del varon y de la muger, consorcio de toda la vida, y comunicacion del derecho divino* (1) *y humano*, *l.* 1. *D. de ritu nupt.* Entre los canonistas son un *sacramento propio de los seglares, por el cual el hombre y la muger se reunen segun los preceptos de la Iglesia*, *c. sicut* 2. *c.* 32. *q.* 2.

(1) Cuando la muger pasaba al poder del marido, se hacia semejante á la hija de familia, y por consiguiente participaba de los dioses domésticos de él. De aquí nació la necesidad de que la confarreacion (*a*) se celebrase por los pontífices (véanse *nuestr. antig. rom. lib.* 1. *tit.* 2. §. 31.). De esta especie de nupcias resultaba una comunicacion de bienes, semejante á la que existia entre el padre y los hijos sujetos á la patria potestad; comunicacion en verdad muy diferente de la que hoy se observa entre los cónyuges, y que desconocen nuestras leyes, *l.* 8. *C. de pact. conu.*, á no ser que ellos celebren espresamente una sociedad universal, *l.* 16. §. *ult. D. de alim. legat. l.* 17. §. 1. *D. sol. matr.*

(*a*) Los romanos celebraron sus matrimonios legítimos de tres modos; á saber, por *uso*, por *confarreacion*, y por *compra venta*. Por *uso* fue, cuando una muger con consentimiento de sus padres ó tutores vivia por un año entero con un hombre, sin ausentarse tres noches de la casa de éste. De este modo llegaba á ser su muger legítima ó propiedad adquirida por prescripcion. Por *confarreacion* fue, cuando el hombre y la muger eran casados por el sumo pontífice ó por el *Flamen Dial* en presencia de diez testigos á lo menos, profiriendo cierta fórmula de palabras, y probando una torta ó pan hecho de sal, agua y harina llamado *far*, ó *pan farreo*. La *compra venta* se hacia, dándose mutuamente el hombre y la muger una moneda pequeña, é interviniendo ciertas preguntas y respuestas entre los dos. *Nota del traductor.*

140. Los romanos consideraron en este enlace, no solamente lo que era lícito por derecho civil, sino tambien honesto, *l.* 42. *pr. D. de rit. nupt.* Los canonistas siguen las disposiciones de la Iglesia.

141. Siendo las nupcias una *reunion*, es necesario que intervenga el consentimiento de los contrayentes, *l.* 2. *D. de rit. nupt.*, sin que haya miedo, fuerza, *l.* 21. *D. l.* 14. *C. e. t.*, ó furor, *l.* 16. §. 2. *D. e. t.*

142. Por derecho romano, el solo consentimiento bastaba para las nupcias (1), *l.* 30. *D. de reg. jur. l.* 15. *D. de condit. et demonstr.*; de suerte que el concúbito y el sacar la muger de su casa (2), solo servian de complemento, y las prendas dotales, de meros signos; pero ni una cosa ni otra pertenecian á la esencia de las nupcias, *l.* 22. *C. de nupt. l. penult. pr.* §. 1. *D. de donat. int. vir. et uxor.* Mas por derecho canónico no gozan de los efectos eclesiásticos antes de la *bendicion*. De aquí la diferencia entre matrimonio *legítimo* y *rapto*, *c.* 7. *y* 8. *X. de divort.*, teniéndose por clandestino el matrimonio en que se omite la bendicion (3), *c.* 2. *y* 3. X. *de clandest. desp.*

(1) Sin embargo, las nupcias no son un contrato, pues éste se versa comunmente acerca de las cosas que estan en comercio, §. 18. *Inst. de inut. stip.*

(2) Los Romanos celebraban las nupcias en la casa del padre ó del pariente mas próximo á la novia, y ésta era conducida por la noche á la casa del marido, arrancándola aparentemente de los brazos de la madre ó del pariente mas cercano, en conmemoracion de la violencia que sufrieron las Sabinas. *Nota del traductor.*

(3) Es de estrañar que un hombre como Heineccio haya cometido este error. El Concilio de Trento (al que cita el autor mas adelante) dice en la *ses.* 24. *sobre reforma del matrim. cap.* 1., que son clandestinos los matrimonios que se contraen sin la asistencia del propio Párroco, ú otro Sacerdote con su licencia, ó del Ordinario, y dos ó tres testigos. *Nota del traductor.*

143. Reuniéndose los dos sexos para propagar su especie, se sigue que el hombre debe ser puber y la muger viripotente, *pr. Inst. e. t. l.* 4. *D. lug. cit.*; esto es, que aquél sea mayor de catorce años, y ésta mayor de doce, *pr. Inst. quib. mod. tut. finit.*; bien que el derecho canónico atiende mas á la potencia generativa que á la edad, *C.* 3. *X. de despon. impub.* Síguese tambien, que es ilícita la poligamia simultánea, §. 6. *Inst. e. t. l.* 2. *C. de incest. nupt. l.* 18. *C. ad. leg. Jul. de adulter.*

144. Finalmente, siendo las nupcias *consorcio de toda la vida y comunicacion del derecho divino y humano*, se sigue: 1.° que no pueden contraerse entre ciudadanos y peregrinos, entre siervos y libres, y mucho menos entre siervos y siervas (1), sino solamente entre ciudadanos romanos, *pr. Inst. e. t. l.* 56. *D. sol. matr.* Mas por derecho canónico y por las costumbres que rigen, los siervos tambien pueden contraer matrimonio, *c.* 1. *X. conjug. serv.*: 2.° que los hijos ó hijas de familia no pueden casarse sin el mandato ó á lo menos sin el prévio tácito consentimiento del padre (2), *pr. Inst. e. t.*; por lo que es muy estraña la duda suscitada respecto del caso en que el padre esté furioso, cautivo, ausente, ó no quiera consentir. Véase la *l.* 25. *C. de episc. aud. l.* 9. 10. 11. 19. *D. e. t.*

(1) Los Romanos distinguieron el *connubio* ó *nupcias* del *matrimonio* y del *contubernio*. El *connubio* solamente se celebraba entre los ciudadanos romanos. El *matrimonio* entre las personas libres que no eran ciudadanos; y el *contubernio* entre los esclavos. De aquí las palabras del viejo Glosario, las *nupcias son legítimo matrimonio*; y Servio dice, *connubio es el derecho de legítimo matrimonio*; mientras que el matrimonio se considera por derecho civil como un enlace justo, *l.* 13. §. 1. *D. ad leg. Jul. de adult. y en Colac. leyes de Mois. y Rom. tit.* 4. §. 5. Del contubernio de los siervos se habla con frecuencia en *Ulp. Fragm. t.* 5. *l.* 14. §. 3. *D. de rit. nupt. l.* 13. *C. de incest. nupt.*

(2) Sin embargo, no se escluye la ratihabicion segun lo demostró *Huber.* contra *Vinn. en la Prælec. á la Inst. e. t.* §. 10. *y las Pand. tit. de rit. nupt.* §. 5. En la práctica no queda duda que se admite.

145. Como los romanos consideraron en las nupcias no solamente lo que era lícito, sino tambien honesto, es claro

que no pueden celebrarse entre toda clase de personas; y que unas veces se prohiben como *incestuosas*, otras como *indecorosas*, y otras como *dañosas*.

146. Son *incestuosas*, las nupcias contraidas entre los *consanguíneos* y *afines* mas cercanos. Llámanse *consanguíneos*, los que descienden de un tronco comun, ya sea que la consanguinidad provenga de justas nupcias, ya de un enlace ilegítimo, *l.* 54. *D. de rit. nupt.*, ya del contubernio de los esclavos, §. 10. *Inst. l.* 8. *l.* 14. §. 2. *D. e. t. Afinidad* es el vínculo que se forma entre un consorte y la familia del otro, *l.* 4. §. 3. *D. de grad. et adfin.*

147. En la *consanguinidad* se deben considerar los *grados* (1) y las *líneas*. Grado es la *distancia de un pariente á otro.* Línea es *una série de persona que descienden de un tronco comun*; y es *recta* como entre ascendientes y descendientes, ú *oblicua* como entre parientes laterales.

(1) Piensan algunos que la computacion de grados tomada de los Jurisconsultos romanos no es aplicable á las nupcias, sino solamente á las sucesiones. Lo contrario se manifiesta en *Collat. leg. Mois. et Rom. tit.* 6. §. 2.

148. En la línea recta, no hay diferencia entre la computacion canónica y la civil, pues por uno y otro derecho *tantos son los grados, cuantas son las generaciones.* De aquí es, que el padre y el hijo distan un grado; el abuelo y el nieto dos; y la bisabuela y el biznieto tres, &c.

149. En la línea oblicua, el derecho *civil* sigue la misma regla. El canónico distingue la línea oblicua en *igual* y *desigual*; y acerca de aquélla establece el axioma: *los cognados distan entre sí tantos grados, cuantos distan del tronco comun*; así es que por derecho civil, el hermano dista dos grados de la hermana, y uno por derecho canónico; los primos hermanos distan cuatro grados por derecho civil, y dos por el canónico. En cuanto á la línea desigual se establece la regla siguiente: *las personas distan entre sí tantos grados, cuantos dista la persona mas remota del tronco comun.* De aquí es v. gr. que la hermana del abuelo es mi parien-

ta en cuarto grado por derecho civil; mas en *tercero* por derecho canónico.

150. En la afinidad no hay grados, porque no hay generaciones, *l.* 4. §. 5. *D. de grado*; sin embargo se ha admitido la regla siguiente: *en el grado que alguno fuere mi cognado, en ese mismo estará el consorte de éste, ligado conmigo por afinidad.*

151. Finalmente, así por afinidad como por consanguinidad, se dice que hacen las veces de nuestros padres, aquellos *que estan inmediatamente bajo de un tronco comun, distando nosotros mas de él*, v. gr. tio ó tia estan en lugar de padres respecto de los sobrinos ó sobrinas habidos del hermano ó hermana, §. 5. *Inst. e. t.*

152. Con estos preliminares, fácilmente se entenderán las reglas del derecho civil acerca de las nupcias.

1.ª *Las nupcias entre ascendientes y descendientes se prohiben al infinito*, §. 1. *Inst. l.* 53. *D. e. t.* Los cánones siguen esta regla fundándose en el *Levítico, cap.* 18. *v.* 7. *sig.*

2.ª *En la línea oblicua igual, siempre se prohiben las nupcias en segundo grado; mas se permiten en el cuarto. En la desigual, siempre se prohiben en tercer grado; y en el cuarto y en los demas, solamente entre aquellas personas que mutuamente se consideran como padres é hijos.* Mas el derecho canónico las prohibe en la línea igual hasta el cuarto grado segun su computacion, *cap. ult. X. de consanguin.*; y en la desigual, aun estiende la prohibicion por respeto á la parentela.

153. Por esto se prohiben las nupcias de los hermanos y hermanas, §. 2. *Inst. e. t.*, y de la tia materna ó paterna, §. 4. *y* 5. *Inst. e. t.*; mas no las de los primeros, §. 4. *Inst. e. t.* Estas fueron prohibidas por el emperador Teodosio, *l. un. C. Theod. si nupt. ex rescript. petant.*; pero despues las permitieron los emperadores Arcadio y Honorio, *l.* 19. *C. de nupt.*, á quienes siguió Justiniano, §. 4. *lug. cit.*

154. Acerca de la *afinidad* se deben observar casi las mismas reglas. En la línea oblicua no hay prohibicion por derecho civil en pasando del segundo grado, á no ser que las

personas se consideren entre sí como padres é hijos (1). Mas el derecho canónico no solamente estiende esta prohibicion, sino que finge ademas tres géneros de afinidad, de los cuales el primero se contrae por las primeras nupcias, el segundo por las segundas, y el tercero por las terceras, *can. ult. caus.* 35. *cuest.* 3.

(1) Por tanto, no valen las nupcias entre el hermano y la viuda de hermano, *l.* 5. *l. penult. l. ult. C. de incest. nupt.*, ni entre el sobrino y la viuda del tio difunto; pero sí entre el primo y la viuda del primo.

155. Los canonistas fingen ademas la *cognacion espiritual* contraida por el bautismo (1), á la manera que entre los romanos se contraía *cognacion civil* por medio de la adopcion, §. 1. *y* 2. *Inst. e. t.*, y *cuasi afinidad* por medio de los esponsales, ó del que sobrevive al divorcio. De ésta se habla en el §. 8. *Inst. e. t. l.* 12. §. 1. 2. 3. *D. de rit. nupt.*

(1) Los canonistas la dividen en *paternidad*, que es la que se contrae entre el bautizante y el bautizado, y entre el bautizado y el padrino; en *compaternidad*, que es la que existe entre los padres del bautizado y el bautizante ó padrinos; y en *confraternidad*, que es la que media entre los hijos naturales del bautizante ó padrinos, y el bautizado. Las nupcias se prohibieron hasta el séptimo grado en virtud de esta cognacion espiritual; pero el Concilio de Trento solo las restringió hasta el segundo.

156. Prohibiéronse como *indecorosas*: 1.° las nupcias entre los senadores ó sus hijos y las libertinas, ú otras personas de condicion mas vil ó de vida mas torpe, *l.* 44. *pr. D. e. t.*: 2.° entre el ingenuo y la cómica, alcahueta, prostituta, manumitida por un alcahuete, sorprendida en adulterio ó condenada por juicio público, *l.* 43. *D. lug. cit.* Véase nuestro coment. á la *l. Julia y Papia Poppea lib.* 2. *cap.* 1. *y* 2.: 3.° entre el adúltero y la adúltera, el raptor y la robada, *l.* 26. *D. e. t. l. un.* §. 1. *C. de rapt. virg. Nov.* 134. *cap.* 12.: 4.° Entre el antenado y la viuda del padrastro, *l.* 15. *D. de rit. nupt.*: 5.° entre el primer marido y la hija que la muger despues de divorciada tuviere de otro marido, §. 9. *Inst. e. t.* Pero Justiniano abolió la primera pro-

hibicion, *l.* 23. *l. ult. C. e. t. Nov.* 77. *cap.* 3. El derecho canónico estinguió la segunda y tercera, pues el raptor se puede casar con la robada, *cap. fin. X. de rapt. virg.*, y el adúltero con la adúltera; con tal que el adulterio no se haya cometido con la esperanza de futuro matrimonio, ni la muger adulterina, ni el marido adulterino hayan acechado la vida de sus consortes respectivos, *cap.* 6. *X. de eo qui dux. in matr. quam per adult. poll.*

157. Prohíbense como *dañosas*: 1.° entre cristianos y judíos, *l.* 6. *C. de jud.*: 2.° entre el tutor y curador ó los hijos de éstos y la pupila ó adulta, antes de darse las cuentas, *l.* 59. *sig. D. de rit. nupt.*: 3.° entre el gobernador ú otro cualquiera que egerce oficio público en la provincia y la muger natural de ella, *l.* 57. *l.* 63. *D. de rit. nupt.*: 4.° entre los clérigos y otros que estan ligados con el voto de castidad, *l.* 44. *C. de epist. et cler. Nov.* 6. *cap.* 1. §. 7.

158. Cuando algunos se casan contra las leyes, se supone que no hay marido, muger, nupcias, matrimonio, ni dote; y por lo mismo, los hijos que nacen de este enlace, no estan bajo la patria potestad, §. 12. *Inst. e. t.* Véase nuestro coment. á la *l. Jul. y Pap. Popp. lib.* 2. *cap.* 6. Los cánones y las costumbres de algunos paises suelen hacer algunas concesiones en favor del matrimonio ya contraido.

Legitimacion.

159. La *legitimacion*, desconocida de los antiguos é inventada por Constantino y sus sucesores, produce tambien patria potestad.

160. El senado en los tiempos libres de la república, y el príncipe al principio de la monarquía eximieron algunas veces de las leyes á los padres que sin ser casados tenian hijos, ó á los mismos hijos nacidos de matrimonio legítimo y aun de nupcias incestuosas. *Liv. lib.* 38. *cap.* 36. *l.* 57. *D. de rit. nupt.* Pero esto se hizo estraordinariamente, pues aun no se habia establecido el modo regular de someter los ilegítimos á la patria potestad.

161. La *legitimacion* es, *un acto por el cual se supone que los hijos ilegítimos han nacido de legítimo matrimonio, y así pasan á la patria potestad, como si fueran legítimos.*

162. El fundamento de la legitimacion es una ficcion, por la cual se supone á todas las personas con capacidad. De aquí es, que no pueden legitimarse los hijos *espurios* ó de padres inciertos, ni los adulterinos ó incestuosos, pues no pueden fingirse que ha habido matrimonio entre sus padres, *Nov.* 89. *cap.* 14. *Nov.* 74. *cap.* 6. Pero este beneficio puede estenderse á los hijos *naturales* ó *notos*, esto es, habidos de concubina, §. *ult. Inst. e. t. l.* 10. *C. de not. lib. Nov.* 117. *cap.* 2.

163. Los modos de legitimar son tres: 1.° por *subsecuente matrimonio*: 2.° por *oblacion á la curia*: 3.° por *rescripto del príncipe* (1). El 1.° fue inventado por Constantino, el 2.° por Teodosio el jóven, y el 3.° por Justiniano.

(1) No se diferencia mucho del modo de legitimar por arrogacion inventado por Anastasio, *l.* 6. *C. de nat. lib.*, y abolido por Justino, *l.* 7. *C. lug. cit.*, y por Justiniano, quien le desterró tambien de la práctica por medio de la legitimacion *por rescripto. Nov.* 74. *cap.* 3. y *Nov.* 89. *cap.* 10. El mismo príncipe inventó la legitimacion por testamento. *Nov.* 74. *cap.* 2.

164. Legitímanse por *subsecuente matrimonio*, los hijos naturales cuyos padres transforman el concubinato en nupcias. Las prendas dotales fueron antiguamente el signo de ellas, §. *ult. Inst. e. t.*, mas hoy lo es la bendicion eclesiástica.

165. Legitimábanse por *oblacion á la curia*, los hijos inscritos por el padre en el albo curial (1), ó las hijas que se casaban con los curiales, *l.* 3. *l.* 4. *l.* 9. *C. de natur. lib.* §. *ult. Inst. e. t.*

(1) No se debe caer en el error vulgar de creer, que los ofrecidos á la curia inmediatamente se hacian decuriones; antes bien estaban sujetos á ella, y servian manteniéndose cada uno de sus propios bienes, *l.* 4. *C. de nat. lib. l.* 50. *l.* 55. *l.* 60. *l.* 64. *C. de decurionib.* Por esto no podian alistarse en la milicia, ni vivir en el campo fuera del municipio,

pues estaban ascritos á la curia, como si lo estuvieran á la gleba, *l.* 17. *C. de decur. l. un. C. si curial. relict. civ.*

166. Finalmente, se legitimaban *por rescripto del príncipe* los hijos del padre, que no pudiendo casarse con la concubina, impetraba del príncipe la gracia de legitimarlos. *Nov.* 74. *cap.* 2. *Nov.* 89. *cap.* 9.

167. Recayendo los hijos legitimados bajo la patria potestad, se sigue, que la legitimacion no puede hacerse sin el consentimiento de los hijos, *l.* 11. *D. de his qui sui vel al. jur.*, pues por esto se hacen de peor condicion. Que los legitimados por subsecuente matrimonio sucedan al padre como herederos suyos, §. *ult. Inst. de nupt.* §. 2. *Inst. de hered. ab intest. l.* 1. *C. de nat. lib.*; y si no hay otros hijos, se admitan los legitimados por rescripto. *Nov.* 89. *cap.* 9. Pero si existen ya otros hijos de legítimo matrimonio, éstos tienen con razon la principal *legítima*; y los legitimados se admiten á la porcion restante, si el padre lo quiere así; y espresamente se concede en el rescripto del príncipe. *Arg. Auth. præterea Auth. item, y Auth. si quis, l.* 4. *C. de natur. lib.*

TÍTULO XI.

Adopciones.

168. La adopcion es el tercer modo de adquirir patria potestad (1).

(1) Por derecho antiguo, la adopcion siempre produjo patria potestad; y así aunque la adopcion menos plena y por testamento (*Tacit. Anal. lib.* 4. *cap.* 1.) son muy antiguas, hoy apenas merecen este nombre.

169. La adopcion considerada latamente, es *una accion solemne por la cual se toma en lugar de hijo ó nieto, al que no lo es por naturaleza*, *pr. Inst. e. t.* Por tanto, la adopcion imita la naturaleza, §. 4. *Inst. e. t.*; y se inventó pa-

ra consuelo de aquellos que no tienen hijos, ó como dice Teofilo, para endulzar la desgracia, ó suplir el defecto de la naturaleza. *Teof. pr. e. t.*

170. Como la adopcion imita á la naturaleza, solamente pueden adoptar los que pueden ser padres, y retener á los hijos bajo su potestad; así es que los eunucos pueden adoptar, mas no los castrados (1), §. 9. *Inst. e. t. l.* 2. §. 1. *l.* 40. §. 2. *D. e. t.*, ni los impuberes, *arg.* §. 4. *Inst. e. t.*, ni las mugeres, á no ser que sea por indulgencia del príncipe para consuelo de los hijos que han perdido, §. 10. *l.* 5. *C. e. t.*, ni los menores á los mayores en edad, pues es menester que los que adopten á otros como hijos, sean á lo menos diez y ocho años mas viejos que éstos; y treinta y seis, si los adoptan como nietos, §. 4. 5. *Inst. e. t. l.* 40. §. 1. *D. e. t.*

(1) Aunque Leon les concedió indistintamente este derecho por la *Nov.* 26., sin embargo, ésta no vale contra el derecho Justinianeo.

171. Por cuanto la adopcion se inventó para consuelo de aquellos que no tienen hijos, se sigue: 1.° que ordinariamente no pueden adoptar aquellos que por su edad aún pueden tener hijos, como son los menores de sesenta años, *t.* 17. §. 2. *D. e. t.*: 2.° que no pueden adoptar fácilmente (1) los que ya tienen hijos naturales, *l.* 17. §. 3. *D. e. t. Cic. pro domo cap.* 12.: 3.° que si alguno quiere adoptar á otro en lugar de nieto, se requiere el consentimiento del hijo, para que no se le dé un coheredero contra su voluntad, *l.* 5. *l.* 6. *D. e. t.*

(1) No aparece claramente que esto se hubiese concedido en los tiempos libres de la república. Los príncipes, aunque tuviesen hijos, adoptaban algunas veces para asegurar mas la sucesion de la casa reinante; pero esto no dejó de ser reparable segun manifiesta *Jac. Perizon. Animadv. hist. cap.* 3. Por tanto, no se debe considerar como derecho ordinario, lo que acaso se concedió muy raras veces á los particulares.

173. Se adopta á los padres ó á los hijos de familia; á aquéllos por *arrogacion*, á éstos por *adopcion* estrictamente llamada, *l.* 1. §. 1. *D. e. t.* §. 1. *Inst. e. t.*

174. *Arrogacion es, el acto por el cual un hombre de su derecho pasa con autoridad del príncipe* (1) *á la patria potestad de otro*, §. 1. *Inst. l.* 1. §. 1. *l.* 2. *pr. D. e. t.*

(1) Antiguamente era por mandato del pueblo, el cual hacia en los comicios curiados la ley de esta adopcion. Tambien se requeria la autoridad de los pontífices; porque el adoptado pasaba á los sagrados del adoptante. *Cic. pro domo cap.* 13. La fórmula solemne de la arrogacion se halla en *Gelio lib.* 5. *cap.* 19.; de cuya costumbre usaron tambien los mismos emperadores, como Augusto arrogando á Agripa y á Tiberio, *Sueton. Aug. cap.* 65., Claudio á Neron, *Tácito Anal. lib.* 12. *cap.* 25.; y los particulares por lo menos hasta el tiempo de Galba, *Tácito Histor. lib.* 1. *cap.* 14. Pero despues que los emperadores fueron usurpando, sin encontrar oposicion alguna, todas las prerogativas de las leyes, magistrados y pontífices, prevaleció la costumbre de arrogar por rescripto del príncipe desde los tiempos de Cayo, ó mejor dicho desde los de Galba, *l.* 21. *D. e. t.*, en la que no hay lugar á la sospecha de que Triboniano interpolase alguna cosa, pues las mugeres no participaron de los comicios.

175. Como los hombres de su derecho recaen bajo la patria potestad por medio de la arrogacion, es justo que el arrogado se haga autor de ella, *l.* 11. *de his, qui sui vel alien. jur. Cic. pro domo cap.* 19.; que los bienes del arrogado pasen junto con él á la potestad y familia del arrogador, §. 2. *y* 11. *Inst. e. t. l.* 40. *D. e. t. Tit. Inst. de adquis. per adrog.*; y que el impuber no pudo ser arrogado por derecho antiguo, porque no pudo hacerse autor, *Gelio lib.* 5. *cap.* 19.

176. Mas *Antonino Pio* inventó el modo de arrogar á los impúberes, con tal que fuese con consentimiento de los parientes, con autoridad de los tutores, investigando si la causa de la arrogacion es decorosa y conveniente al pupilo, dando fiadores el arrogador de que muerto el pupilo antes de llegar á la pubertad, restituirá los bienes á aquellos á quienes pertenecerian, si no se hubiese hecho la arrogacion; y finalmente que el padre no emancipará al hijo arrogado, sin conocimiento de causa; y que si lo emancipare, le restituirá todos los bienes que trajo á su poder, y le dejará ademas la *cuarta* de los *suyos*, §. 3. *Inst. e. t.*

l. 15. §. 2. 3. *l.* 17. §. 1. *sig. l.* 18. *y sig. l.* 22. §. 1. *D. e. t. l.* 2. *C. lug. cit. l.* 8. §. 15. *D. de inoffic. testam.* (1).

(1) Esta se llama la *cuarta de Pio*. Unos la consideran como la cuarta de todos los bienes; otros como la cuarta de la porcion debida ab intestato, ó de la legítima, para que la condicion del adoptivo no sea mejor que la del natural. Mas la primera opinion parece mas cierta, así por las palabras *cuarta de sus bienes*, §. 3. *Inst. e. t. l.* 2. *C. de adopt.*: *Ael adoptado pertenezca la cuarta de los bienes, que fueron del adoptante al tiempo de su muerte*; *l. ult. D. si quid in fraud. patr.*, como tambien porque esta cuarta no se pide con la querella de inoficioso, como sucede en la legítima, sino con el juicio *familiæ erciscundæ*, *l.* 8. §. 15. *D. de inoff. test. l.* 2. §. 1. *D. fam. ercisc.* Yo creo que no hay fundamento para esta cuestion, pues como la facultad de adoptar no se concedia fácilmente al que ya tenia hijos, ni al que aun estaba en edad de adquirirlos, es claro que las palabras de la ley se deben tomar en un sentido favorable al arrogado.

177. Recayendo los arrogados bajo la patria potestad, se sigue, que tambien se hagan participantes de los derechos de *agnacion* que son los únicos civiles, pues los de *cognacion* son naturales, *l.* 23. D. *e. t.* Que los arrogados pasen al nombre, dioses, gente y nobleza patricia y de las imágenes, *l.* 13. *D. e. t.* Que los patricios arrogados por los plebeyos, pierdan esta nobleza; pero los senadores y los hijos de éstos conservan el órden senatorio, *l.* 13. 35. *D. e. t.* y *l.* 6. §. 1. *D. de senat. Perizonio ad Cons. diu. Deut.* 25. *v.* 5. 6. *p.* 83. Que los arrogados sucedan ab intestato al padre adoptivo, á los hermanos que estan bajo la misma potestad, y á otros agnados; mas no á la muger del padre adoptivo, ni á los cognados, §. 2. *Inst. de legit. agn. success.*

178. La *adopcion* estrictamente dicha es *una accion de la ley, por la cual adoptamos con imperio del magistrado* (1) *á los hijos que estan bajo la potestad de sus padres*, *l.* 2. *pr. D. l.* 1. *C. e. t.*

(1) Antiguamente se hacia *per æs et libram* (por medio de moneda y balanza), concurriendo tres ventas y mancipaciones imaginarias y dos manumisiones, *l. ult. C. e. t. Gel. lib.* 5. *cap.* 19. *Ulpian. Fragm. tit.* 8. §. 1. Despues bastó la confirmacion del magistrado asentada en los registros públicos, *l. ult. C. e. t.*

179. Recayendo la adopcion sobre los hijos que estan bajo la patria potestad, se sigue baste el consentimiento del padre natural, *l.* 5. *D. e. t.* Que tambien puedan ser adoptados los infantes, *l.* 42. *D. e. t.*; pero propiamente hablando no pueden serlo los hijos de concubina, porque no estan bajo la potestad de nadie, *l.* 7. *C. de nat. lib.*

180. Como esta adopcion era *accion de la ley*, no pudo hacerse sino por imperio del magistrado en quien residia plenamente la accion de la ley, *l.* 3. *l.* 4. *D. l.* 1. *C. e. t.* Tampoco pudo hacerse por tiempo, *l.* 34. *D. e. t*, ni por testamento, sino solo segun las solemnidades de derecho, *l.* 4. *C. e. t.*

181. La adopcion tomada aun en un sentido estricto produjo antiguamente patria potestad, *pr.* §. 2. §. 8. *Inst. de adopt.* Pero Justiniano solamente concedió ésta á los ascendientes que adoptan á los descendientes, y no á los estraños, *l. penult. C. e. t.* §. 2. *Inst. e. t.*, bien que así éstos como aquéllos suceden ab intestato al padre adoptivo, §. 2. *Inst. e. t.* (1). De aquí es, que los doctores distinguen la adopcion propiamente tomada, en adopcion *perfecta* ó *plena*, y en *imperfecta* ó *menos plena*.

(1) Así lo dispuso Justiniano, porque varias veces aconteció que el hijo adoptado por el estraño, era emancipado despues, y no sucedia ni al padre natural ni al adoptivo. Disputóse entre Papiniano, Paulo y Marciano, si preterido entonces el hijo por el padre natural, se concederia á aquel la querella de inoficioso testamento. Las leyes no asignaron al hijo adoptivo parte alguna de la herencia del padre natural; pero el senadoconsulto Sabiniano mandó, que si de tres hijos varones que tuviese el padre natural, algunos hubiesen sido adoptados, éste debe dejarles la cuarta de la herencia; y si no lo hace, los hijos pueden pedirla con la accion *familiæ erciscundæ*, *l.* 10. §. 3. *C. de adopt.* §. 14. *Inst. de hered. quæ ab intest.* Esto se percibirá claramente, si se considera que habiendo la ley Julia y Papia y el senadoconsulto Tertuliano concedido muchos privilegios á los padres que tuviesen tres hijos, pareció justo al senado, que si alguno de éstos fuese adoptado, no se le escluyese de la herencia del padre natural, toda la vez que éste habia conseguido por medio de dichos tres hijos todas las exenciones y privilegios que las leyes le habian dispensado.

TÍTULO XII.

Modos de acabarse la patria potestad.

182. Siendo la patria potestad un dominio quiritario, se sigue el axioma jurídico: *que la patria potestad se acaba de los mismos modos que el dominio quiritario.*

183. Acábase pues: 1.° por la *muerte* del padre; pero solamente se hacen de su derecho los hijos, mas no los nietos ú otros descendientes, si es que viven aquellas personas en cuya potestad pueden recaer, *pr. Inst. e. t.*: 2.° por la *capitis diminucion maxima y media*, v. gr. por cautiverio, servidumbre de la pena, deportacion del padre ó del hijo, §. 1. *y* 3. *Inst. e. t.*: 3.° por *adopcion plena*, bien que por ésta el hijo no se hace de su derecho, sino que la patria potestad se transfiere á otro, §. 8. *Inst. e. t.*: 4.° por la *emancipacion*, de la que se tratará despues.

184. Del mismo principio se sigue, que la patria potestad no se acaba por la *relegacion*, pues ésta no estingue el derecho quiritario, §. 2. *Inst. e. t. l.* 4. *l.* 7. §. 3. *D. de interd. et releg.*; ni tampoco por la *dignidad* (1) *Dionys. Hal. lib.* 2. *p.* 96, ni por la *exheredacion*, *l.* 20. D. *de bon. poss. contr. tab.*

(1) Las vírgenes Vestales y los Flámines Diales salian antiguamente de la patria potestad, mas no por la dignidad, sino porque el sumo pontífice las cogia por la mano. *Gel. lib.* 1. *cap.* 12. *Ulpian. Fragm. tit.* 10. §. *ult.* Mas la patria potestad se acababa por el cautiverio.

185. Mas Justiniano estableció, que la patria potestad se acabase por la dignidad del patriciado, *l. fin. C. de consul. lib.* 12. §. 4. *Inst. e. t.*, por el sacerdocio episcopal, *Nov.* 81. *cap.* 3., por la dignidad consular, prefectura pretoriana, prefectura de la ciudad, comandancia militar, patrocinio del fisco: *Nov.* 81. *cap.* 1. *l. fin. C. de decurion.*; pero de tal manera, que las personas que salian de la pa-

tria potestad por alguna de estas dignidades, aun conservan los derechos de familia, *Nov.* 81. *cap.* 2.

186. La patria potestad tambien se acaba por la *emancipacion*. Esta se divide en *antigua*, *Anastasiana*, y *Justinianea*.

187. La antigua era una *accion de la ley por la cual los hijos varones salian de la patria potestad por medio de tres ventas y mancipaciones y otras tantas manumisiones* (1); *mas las hijas y nietos salian por medio de una venta y de una manumision.* Cayo, *Inst. lib.* 1. *tit.* 8. §. 3. Véanse *nuestras Antigüedades Rom. e. t.* §. 6. Vendia pues el padre al hijo por *æs et libram*; pero las mas veces añadia á la tercera mancipacion un *contrato fiduciario*, para que el comprador remancipase al hijo, de suerte que el padre mas bien que el comprador era quien lo manumitia. De aquí es que Cayo le llama *padre fiduciario*, y que siempre se presumia que mediaba esta confianza, §. *ult. Inst. de legit. agn. success. l. ult. C. de emanc. liber.*

(1) Estas solemnidades eran conformes á la legislacion romana, pues los hijos estaban en el dominio quiritario (§.), y las cosas que estaban en este dominio podian manciparse, *Binkersh. de reb. mancipi.* Mancipados y manumitidos los hijos por primera y segunda vez, recaían bajo la patria potestad; mas no vendidos y manumitidos por tercera vez. De aquí fue, que para estinguir el derecho de la patria potestad se necesitaba de tres mancipaciones y otras tantas manumisiones.

188. Segun la constitucion de Anastasio, los hijos salian de la patria potestad por *rescripto del príncipe*, presentado ante un juez. Esta emancipacion producia los mismos efectos que la antigua, *l.* 5. *C. de emancip. liber.*

189. Finalmente, Justiniano sin haber abrogado la constitucion de Anastasio, mandó que bastase la autoridad de cualquier juez, §. 6. *Inst. e. t. l. ult. C. de emancip.*, aunque no fuese competente, pues la emancipacion es un acto de jurisdiccion voluntaria, *l.* 36. *D. de adopt. et emanc. l. ult. C. e. t.*

190. No pudiendo quitarse á nadie contra su voluntad el dominio de sus cosas, á menos que sea por castigo, es

claro que el padre casi nunca puede ser obligado á emancipar á sus hijos, §. *ult. Inst. e. t. l.* 31. *D. e. t.* Sin embargo, se le priva por via de pena de la patria potestad, cuando prostituye á las hijas, *l.* 12. *C. de episc. aud. l.* 6. *C. de spectat*; cuando espone al infante, *l.* 2. *C. de infant. expos. Nov.* 153. *cap.* 1., y cuando contrae nupcias incestuosas, *Nov.* 12. *cap.* 2.

191. Los doctores añaden otras causas, como la crueldad del padre, *l. fin. D. si á parent. qui manumis.*, la arrogacion hecha en perjuicio del impuber, *l.* 32. *D. de adopt. et emanc.*, el legado que se deja, ó el dinero que se recibe con la condicion de emancipar al hijo, *l.* 92. *D. de condit. et demonstr. l.* 1. §. 3. *D. si quis á par. manum.* Pero en la *l. fin. D. si á par. quis manum.*, se cita una pena estraordinaria ó privilegio que no puede servir de regla. El impuber arrogado puede hacerse de su derecho, si llegando á la pubertad reprueba la arrogacion, *l.* 32. *D. e. t.*; mas no por esto obliga al padre á que lo emancipe, pues entretanto está en suspenso el efecto de la arrogacion. Tampoco puede decirse que es compelido á emancipar aquel que recibe legado ó dinero con la condicion de hacerlo, pues él voluntariamente se obliga, toda vez que está en su arbitrio no admitir el legado ó el dinero.

TÍTULO XIII.

Tutelas.

192. Hemos dicho que los hombres son ó de *su derecho* ó *de ageno derecho*, y que éstos se llaman *hijos de familia*, si dependen de la patria potestad; ó *siervos*, si de la dominica. Habiendo tratado ya de los de *ageno derecho*, pasamos ahora á considerar á los que son de *su derecho*, de los cuales unos estan bajo la *tutela*, otros bajo la *curatela*, y otros ni bajo de una ni de otra, *pr. Inst. e. t.*

193. Nada pudo ser mas conforme á los principios de

una sábia legislacion, que recomendar al cuidado de otro á aquellas personas que ó por su corta edad, ó por la debilidad de su sexo no pueden defenderse. Por esto fue que los *pupilos* permanecieron bajo la tutela hasta la pubertad, y las mugeres por toda la vida, á no ser que pasasen por medio del matrimonio á la potestad del marido. Véanse *nuestras antig. rom. e. t.* §. 16. *sig.* Los puberes que no podian administrar sus bienes ó por la edad, ó por otras causas, no estaban bajo la *tutela* sino la *curatela.* La tutela de las mugeres se abolió desde los tiempos de Justiniano.

194. Servio define la *tutela legítima*, que es la única de que se trata, *fuerza y potestad dada y permitida por derecho civil sobre una cabeza libre* (1) *que necesita de amparo, y que no puede defenderse por su edad*, §. 1. *Inst. e. t. l.* 1. *pr. D. e. t.*

(1) *Cabeza libre* es el hombre de su derecho. *Gel. lib.* §. *cap.* 19. *Ulpian. Fragm. tit.* 11. §. 5. Parece que Servio usó de esta palabra, porque habló de la tutela en general y no de la pupilar, comprendiendo en ella no solamente á los pupilos, sino tambien á las mugeres, las cuales segun hemos dicho, vivian perpetuamente bajo la tutela. La *fuerza* y la *potestad* se distinguen como el mas y el menos, pues en aquélla se contiene mas que en ésta. Tácito las distingue en varios pasages de sus anales. El tutor pues egerce *fuerza* sobre el infante, y así lo hace todo por el; mas *potestad*, sobre el que ha salido de la infancia, pues como que opera por sí, el tutor no hace otra cosa que interponer su autoridad, *l.* 1. §. 2. *D. de administr. tut.* §. 9. *Inst. de inutil. stipul. l.* 5. §. 5. *D. de reg. jur.* En cuanto á la tutela de las mugeres, el tutor no egercia fuerza sino potestad.

195. Siendo la tutela *fuerza y potestad dada y permitida por derecho civil*, infirieron los romanos que es *cargo público* (1), *pr. Inst. de excus. tut.*

(1) Llámase cargo, lo que estamos obligados á desempeñar por ley, costumbre, ó precepto de aquel que tiene facultad de mandar, *l.* 214. *pr. D. de verb. sign. l.* 18. *D. lug. cit.*

196. De aquí se sigue, que los hijos de familia pueden ser tutores, *pr. Inst. qui testam. tut. dar. poss.*; más no los siervos, *l.* 22. *D. test. tut.*, los peregrinos ni las mugeres,

l. ult. D. e. t. l. 2. *D. de reg. jur.*, á escepcion de la madre y la abuela que por la *Nov.* 118. *cap.* 5., se prefieren aun á los demas agnados.

197. Debiendo el tutor amparar al pupilo que no puede defenderse á causa de su edad, se sigue que la tutela legítima y dativa se impide, y la testamentaria se suspende por la menoridad, §. 13. *Inst. de excus. tut.*, por el furor y la locura, *l. penult. D. e. t.*, y por la sordera é impotencia de hablar, *l.* 1. §. 2. 3. *l. penult. D. e. t.*

198. Como la tutela recae sobre una *cabeza* libre, se sigue que el tutor se da primariamente para la persona, y no para la cosa (1), §. 4. *Inst. qui testam. tut. dar. poss. l.* 12. *l.* 14. *D. testam. tut.* Que al que tiene padre, no se le da tutor, *l.* 239. *pr. D. de verb. sig. pr. Inst. e. t. l.* 6. §. *ult. D. e. t.*, ni tampoco al siervo, pues no siendo ninguno de los dos hombres de su derecho, tampoco son cabeza libre. Finalmente, al peregrino no puede darse tutor segun el derecho de los Quirites, porque como no goza de la libertad de éstos, no se reputa cabeza libre. *Cicer. pr. A. Cæcin. cap.* 33.

(1) Sin embargo, el tutor administra secundariamente los bienes del pupilo; y aun algunas veces se da para ciertos actos, v. gr. para la adicion de la herencia, *l.* 10. *pr. D. de test. tut. l.* 17. §. 1. *D. de appellat. l.* 9. *l.* 13. *pr. D. de tut. vel cur. dat.* Si el pupilo fuere rico, tambien se nombran tutores para los bienes que tuviere en África, Syria, &c., *l.* 15. *D. de test. tut. l.* 27. *pr. D. de tut. dat.*; pero hablando con propiedad, ni aun entonces se dan para las cosas, sino para la persona.

199. Habiendo mandado una ley de las doce tablas, *que de cualquier modo que el padre de familia dispusiese de los bienes, ó de la tutela de su cosa* (1), *su voluntad se respetase como una ley*, *Ulp. Fragm. tit.* 11. §. 14., los jurisconsultos romanos consideraron la tutela como una herencia; pues así como el heredero instituido en testamento escluye al legítimo, que sucederia ab intestato, *l.* 39. *D. de adquir. hered.*, del mismo modo la tutela testamentaria escluye á todas las demas, esto es, á la legítima y á la dativa, *l.* 11.

pr. D. de test. tut.; y así como el pretor concede algunas veces la posesion de los bienes segun ó contra las tablas, así tambien nombra tutor á falta de tutela testamentaria ó legítima.

(1) No hemos alterado las palabras *tutela de su cosa*, porque ademas de no ser absurdas, se encuentran en Ulpiano y en el *pr. Inst. de leg. Falc.* en la *l.* 120. *D. de verb. sign.*, y en otros parages. Los hijos de familia eran cosas *mancipi*, y por eso se dice, que cuando el padre de familia les nombraba tutor, disponia de la tutela de su cosa. Mas con todo, el tutor se daba para la persona, porque su encargo empezaba despues de muerto el padre, y ya entonces el hijo era persona y cabeza libre.

200. Por tanto, hay tres especies de tutela; á saber, *testamentaria*, *legítima* y *dativa*. Esta se estableció subsidiariamente por la ley Atilia y Julia Ticia.

TÍTULO XIV.

Personas que pueden nombrar tutor en testamento.

201. Pudiendo el padre de familia disponer de la tutela de su cosa (1), se sigue el axioma: *que el padre puede nombrar tutor en testamento ó en codicilo confirmado por testamento á los hijos que tiene bajo de su potestad, y que no han de recaer bajo la de otro, l. 1. pr. l. 3. pr. de testam. tut. §. 3. Inst. de tut. l. 73. §. 1. D. de reg. jur.*

(1) Aunque la tutela testamentaria se deriva claramente de la ley de las doce tablas, *l.* 120. *D. de verb. sign.*, sin embargo, el egemplo del rey Anco que nombró en su testamento á L. Tarquinio Prisco tutor de sus hijos, prueba que ella existió en Roma antes de los decemviros. *Livio lib.* 1. *cap.* 34.

202. Por tanto, el fundamento de esta tutela es la *patria potestad*, *l.* 73. §. 1. *D. de reg. jur.*

203. De este principio se sigue, que solo el padre ó el abuelo que tiene hijos y nietos bajo su poder, puede nombrar tutor, mas no la madre ó la abuela, ni menos otra persona estraña, *l.* 1. *pr. D. e. t.* Que el padre ó el abuelo pueden tambien dar tutores á los hijos ó nietos (1) de ambos sexos no emancipados que estan bajo su patria potestad, *l.* 1. *pr. D. e. t.*, aunque sean exheredados, *l.* 4. *D. e. t.*; y por benigna interpretacion del derecho se estiende esta facultad á los póstumos (2), con tal que si nacen, vivo el padre, no tengan inconveniente para recaer bajo de su potestad y ser herederos suyos, §. 4. *Inst. de tut. l.* 1. §. 1. *l.* 6. *D. e. t.*

(1) Bajo la palabra *liberi* se comprenden hasta los nietos de ambos sexos; y bajo el nombre *filii*, los póstumos é hijas; pero no los nietos, *l.* 6. y *l.* 16. *D. e. t.* §. *ult. Inst. e. t.* Algunas veces no se toman en este sentido, *l.* 84. *l.* 201. *D. de verb. sign.*; mas en el presente caso no hay lugar á la interpretacion estensiva, porque á los nietos se favorece lo bastante por medio del tutor legítimo ó dativo.

(2) Los póstumos se tienen por nacidos en todo lo que les es útil, *l.* 7. *de stat. hom.*

204. Siendo esta tutela á semejanza de la herencia, se sigue: 1.° que el tutor ordinariamente se ha de nombrar en testamento: 2.° que puede darse en codicilos confirmados por testamento, porque la tutela como que se encomienda á la fé del tutor, *l.* 3. *pr. D.*: 3.° que pueden ser nombrados tutores todos los que tienen testamentifaccion, con tal que sean hábiles para desempeñar cargos públicos, *l.* 21. *D. e. t.*, como los siervos nombrados con libertad (la cual se presume que se da cuando se nombran siervos propios, §. 1. *Inst. e. t.*), los hijos de familia, los magistrados, *l.* 20. §. 1. *D. e. t.*, los furiosos y menores, aunque mientras estan impedidos los magistrados nombran un tutor, *l.* 10. §. 7. *D. de excus.*: 4.° que no pueda nombrarse tutor á una persona incierta (1), *l.* 20. *pr. y* 30. *D. e. t.* Debe notarse como cosa singular, que el tutor nombrado en testamento, no solo puede darse pura y bajo de condicion, sino desde cierto y hasta cierto tiempo, *l.* 8. §. 2. *D. e. t.* §. 3. *Inst. e. t.*, lo cual no se verifica en la herencia (2).

(1) Lo mismo se habia establecido antiguamente respecto de la institucion de heredero.

(2) Heineccio generaliza demasiado el principio que dice : *la tutela es á semejanza de la herencia.* Si esta proposicion no se restringe dentro de sus justos límites, puede inducir á graves errores, pues considerándose como una verdad general, se empezarán á sacar consecuencias que no serán menos falsas que el enunciado principio. Prescindiendo del mérito que éstos puedan tener considerados ideológicamente, es menester convenir que la máxima de que se trata, es falsa aun bajo el solo aspecto jurídico, porque son muchas y muy notables las diferencias que existen entre la herencia y la tutela. Indicaré las principales. 1.° Puede nombrarse tutor desde cierto dia y hasta cierto dia, mas no heredero. 2.° El testador puede morir en algunos casos parte testado y parte intestado respecto de la tutela, mas no de la herencia. 3.° Hombres y mugeres pueden ser herederos indistintamente, mas no tutores. 4.° A falta de herederos testamentarios y legítimos, lo comun es que suceda el fisco; mientras que éste nada tiene que ver en las tutelas. 5.° El testador puede dejar la tutela á quien quiera, pero la herencia debe ser á los herederos forzosos. Dígase pues, si se quiere acertar, no que hay semejanza, sino rasgos de semejanza entre la herencia y la tutela. *Nota del traductor.*

205. Del mismo principio se sigue, que tampoco se puede morir en cuanto á la tutela parte testado y parte intestado, *l. 7. D. de reg. jur.* §. 5. *Inst. de her. instit.*, y que por lo mismo, si el tutor llega á recibir la tutela testamentaria, ó por lo menos aun se espera ésta, entonces no tiene lugar la tutela legítima (1), *l. 11. pr.* §. 1. *D. e. t.*

(1) Este párrafo ofrece la prueba mas convincente de lo que acabo de decir en la nota anterior, pues fundándose Heineccio en el principio de que la *tutela es á semejanza de la herencia*, concluye que nadie puede morir, ni aun en cuanto á la tutela, parte testado y parte intestado; y que por consiguiente, si el tutor ha llegado á egercer la tutela testamentaria, ya no tiene lugar la legítima sino la dativa. En apoyo de esta última idea cita la *l. 11. pr.* §. 1. *D. e. t.*; pero esta misma ley prueba lo contrario, porque contiene dos casos, en que se admite el tutor legítimo, aun despues de haber el testamentario egercido la tutela. No me atrevo á asegurar cuáles sean estos dos casos, porque como carezco de códigos, tengo que fiar en el falaz recurso de la memoria; sin embargo, aventuro decir que son, cuando el tutor testamentario se escusa ó es removido. *Nota del traductor.*

206. Aunque el padre no puede dar tutor á los emancipados ó naturales, ni la madre ó persona estraña á los

hijos ó herederos impuberes, ni este nombramiento puede hacerse en codicilos no confirmados por testamento, sin embargo, el magistrado suele prestar en estos casos su *confirmacion*, por medio de la cual suple al nombramiento de tutor, lo que le falta para ser testamentario, *l. 1.* §. 1. *D. de conf. tut.* §. *ult. Inst. de tut. l. 32. D. de excus.* Por esta razon, los tutores confirmados sin inquisicion se tienen por testamentarios, *l. 3. D. de conf. tut.*

207. Esta confirmacion se hace ó *sin inquisicion*, ó *con inquisicion. Sin inquisicion*, cuando el nombramiento de tutor hecho por el padre carece de algun requisito, v. gr. si lo diere al hijo emancipado, al natural instituido, ó en codicilo no confirmado por testamento (1), §. *ult. Inst. de tut. l. 1.* §. 1. *l. 3. l. 6. D. de conf. tut. Con inquisicion* (ó si el magistrado menor lo confirma con *satisdacion*), cuando la madre ó el estraño dan tutor al impuber instituido, ó el padre al natural no instituido, *l. 4. D. de test. tut. l. 1.* §. 2. *l. 2. l. 7. D. de conf. tut.* Si la madre da tutor al hijo no instituido, no debe, sino suele ser confirmado con inquisicion, *l. 4. C. de test. tut.* Pero estos tutores se tienen por *dativos*, porque se confirman no tanto por la voluntad del testador, cuanto por la inquisicion, *l. 5. D. de conf. tut.*

(1) ¿Es preciso tambien averiguar si el padre ha variado su voluntad? Se supone que la varía, si se descubre que el tutor es de malas costumbres, que es enemigo del padre, ó que ha perjudicado al pupilo por medio de algun contrato, *l. 8. 9. 10. D. de conf. tut. l. 4. de test. tut.*

TÍTULO XV.

Tutela legítima de los agnados.

208. Así como cuando alguno muere intestado los parientes le suceden por la ley, y antiguamente los agnados, del mismo modo la ley de las doce tablas confiere la tutela á los próximos agnados, si el padre muere intes-

tado, á lo menos en cuanto á la tutela (1), §. 2. *Inst. e. t.*

(1) Lo contrario sucede, si el tutor nombrado en testamento se escusa, ó es removido sin haber acabado la tutela, ó si ésta se impide por la edad, furor, condicion, ó dia prefijado en testamento, pues en todos estos casos no tiene lugar la tutela legítima sino la dativa, segun el principio esplicado (§. 205.) *l.* 11. *D. de testam. tut.* (*a*).

(*a*) Véase lo que decimos en la nota del mismo párrafo. *El traductor*.

209. De aquí el axioma que dice: que *aquel que recibe el emolumento de la sucesion, debe hacerse cargo de la tutela*, con tal que sea persona hábil para egercer cargos públicos, §. *un. Inst. de legit. patr. tut. l.* 73. *pr. D. de reg. jur.* De este principio se deriva la tutela legítima de los *agnados*, la de los *patronos*, la de los *padres*, y la *fiduciaria*.

210. Llamando la ley de las doce tablas, despues de los hijos y nietos, á los agnados y gentiles (1), *Ulp. Fragm. tit.* 26. §. 1., se sigue, que por derecho antiguo éstos eran los únicos tutores legítimos, *pr. y* §. 1. *Inst. e. t.*; que los agnados próximos escluyan á los mas remotos, y que si se encuentran muchos en un mismo grado, todos sean tutores, §. *ult. Inst. de cap. dem. l.* 9. *D. e. t.*

(1) Son *agnados* y *gentiles*, los que *tienen el parentesco por línea masculina*, *l.* 7. *D. e. t.* §. 1. *Inst. e. t.*; y *cognados*, *los que lo tienen por línea femenina*, §. 1. *Inst. e. t. l.* 10. §. 2. *D. de grad. et adfin.* Los *agnados* y *gentiles* se diferencian, en que aquéllos son del mismo cognombre y familia, y éstos del mismo nombre y gente, v. gr. todos los *Césares* eran agnados de *C. Julio César*; y gentiles todos los *Julios*, de cuyos antepasados ninguno habia sido esclavo. Esto se añadia, porque los libertos acostumbraban tomar el nombre de los patronos. *Ciceron Topic. cap.* 6.

211. Mas habiendo quitado el pretor la diferencia entre *agnados* y *gentiles*, y Justiniano la de agnados y cognados, *Nov.* 118. *cap.* 4., admitiéndolos á la sucesion indistintamente, resulta que por derecho moderno los *cognados* son llamados, junto con los *agnados*, á la tutela legítima, *Nov.* 118. *cap.* 5. El mismo Justiniano admitió á la *madre y á la abuela*, prefiriéndolas á todos los parientes la-

terales, y aun al mismo abuelo paterno, con tal que renuncien á las segundas nupcias y al senadoconsulto Veleyano. *Nov.* 118. *cap.* 5.

212. Pero todavía queda entre la *agnacion* y *cognacion* la diferencia de que ésta, como *cualidad natural*, no se acaba por la capitis diminucion mínima; mas aquélla como *civil* perece por cualquiera de ellas, §. *ult. Inst. e. t.* §. 6. *Inst. de cap. dem.* Con este motivo se pone á continuacion, aunque no en lugar muy oportuno, el título de la *capitis diminucion*.

TÍTULO XVI.

Capitis diminucion.

213. Llamóse *cabeza* entre los romanos el triple estado de *libertad*, de *ciudad* y de *familia*, porque las personas se inscribian en el censo segun esta division (1) *Antig. rom. e. t.* §. 2. *sig.*

(1) De aquí fue, que los hombres de su derecho se llamaron *cabezas libres*; *capite censi*, los que sin bienes ni familia solamente asentaban sus nombres en el censo. *Gel. lib.* 16. *cap.* 10.; y *destituidos de cabeza* los siervos, §. 4. *Inst. e. t.* De aquí fue tambien, que se llamase *pena capital*, y juicio público *capital*, no solamente aquel en que se privaba de la vida, sino de la libertad y de la ciudad, *l.* 2. *pr. l.* 6. §. *ult. D. de pœn.*; y de aquí por último, las frases: *quitar la cabeza de la ciudad*, *l.* 2. *D. de publ. jud.*, y *disminuir de cabeza*.

214. La *capitis diminucion* es pues la *mutacion del estado anterior* (1), *pr. Inst. y l.* 1. *D. e. t.*

(1) Muchos añaden en *peor*; pero no hay necesidad de esta adicion, porque el que carece de los derechos de libertad, de ciudad y de familia, no tiene cabeza; y por lo mismo, mudando de estado, no *sufre* capitis diminucion. Así es, que el siervo manumitido no la padece, §. 4. *Inst. e. t.*, ni los deportados ó cogidos por el enemigo, si recuperan la ciudad ó la libertad, porque en ese estado no tienen cabeza que perder.

215. Siendo la cabeza ó el estado de tres maneras, á

saber, de *libertad*, de *ciudad* y de *familia*, la capitis diminucion tambien lo es, á saber, *maxima* por la que se pierde la libertad, y por consiguiente los derechos de ciudad y de familia; *media*, por la que conservando la libertad, se pierde el estado de ciudad; y *minima*, por la que solo perecen los derechos de familia, *pr. Inst. l. ult. D. e. t.* Los que padecen la *maxima* y la *media* dejan de ser personas, y así se dicen *muertos civilmente*, *l.* 209. *D. de reg. jur.* §. 1. *Inst. quib. mod. jus. patr. pot. solv.*

216. Padecian capitis diminucion *maxima* los reducidos á servidumbre, ya fuese por pena ó por cautiverio, y los siervos de la pena; pero Justiniano abolió esta especie de servidumbre en favor de los cognados. *Nov.* 22. *cap.* 8.

217. Sufrian la *media* aquéllos á quienes se privaba de agua y fuego (1); los deportados, que tambien se llamaron *desterrados*, *l.* 5. *pr. D.* §. 2. *Inst. e. t. l.* 2. §. 1. *D. de pœn.*; los tránsfugas, y los juzgados como enemigos, *l.* 5. §. 1. *D. e. t.* No así los *relegados*, á quienes dejándoles los derechos de ciudad, tan solo se les mandaba salir de ella ó de la provincia, §. 2. *Inst. e. t. y* §. 2. *Inst. quib. mod. jus patr. pot. solv.*

(1) A ningun romano podia privarse contra su voluntad de los derechos de ciudadano; era preciso que él mismo se despojase de ellos, *Cic. pro dom. cap.* 72. Pero como éstos se perdian desde el momento que alguno se ascribia á otra ciudad, *Cic. pro domo cap.* 81., porque segun el derecho romano nadie podia ser á un tiempo ciudadano de dos ciudades, *Corn. Nep. vid. de Atic. cap.* 3., se inventó la prohibicion de agua y fuego para espeler á los reos de la ciudad. Estos, acosados entonces de la necesidad, tenian que buscar otra patria, y en el instante que llegaban á ella, perdian los derechos de ciudadanos romanos. *Cic. pro domo c.* 30.

218. Padecen capitis diminucion *minima* los arrogados, porque de hijos de familia pasan á ser padres de familia, §. 3. *Inst. l.* 3. *pr.* §. 1. *D. e. t.*; los hijos ó nietos de los arrogados, pues siguiendo la suerte del padre, mudan de familia, *l.* 40. *D. de adopt.*; los legitimados, y principalmente por subsecuente matrimonio, pues dejan entonces de

ser de su derecho; finalmente, por derecho antiguo los emancipados (1), §. 3. *Inst. e. t.*

(1) Porque ninguno podia ser emancipado, á no ser que se sujetase á una servidumbre imaginaria, *l.* 3. §. 1. *D. e. t.* Esto no existe ya por derecho nuevo, y mucho menos por la *Nov.* 118. *cap.* 4. *y* 5., la cual no priva al emancipado de los derechos de sucesion y de familia.

TÍTULO XVII.

Tutela legítima de los patronos.

219. Esta es otra especie de tutela legítima. *Patrono es aquel que manumite á un siervo propio ó ageno*, *l.* 3. §. 1. *sig. D. de suis et legit. hær. l.* 3. *D. de jur. patr.*

220. Como el liberto dejaba de ser cosa, y pasaba á ser persona por la bondad del patrono, éste se consideró como padre y próximo agnado de aquél. De aquí fue que las leyes de las doce tablas mandaron que si el liberto fallecia sin herederos suyos, el patrono, ó sus hijos ó nietos fuesen llamados á la sucesion como próximos agnados. *Ulpian. Fragm. tit.* 29. §. 1. *l.* 23. §. 1. *D. de bon. libert. pr. Inst. de succes. lib.*

221. Como que el gravámen de la tutela debe recaer en el que recibe la utilidad de la herencia, infirieron los jurisconsultos que la tutela de los libertos impúberes, ó de los hijos y nietos de éstos, se debia dar á los patronos, ó á los hijos de éstos capaces de desempeñarla, *l.* 3. *pr. D. de legit. tut.* §. *un. Inst. e. t.*

TÍTULO XVIII.

Tutela legítima de los padres.

222. Dase esta tutela á los padres, que habiendo emancipado á sus hijos ó nietos impúberes, los dirigen en cali-

dad de patronos, *l.* 3. §. *ult. D. de legit. tut.* §. *un. Inst. e. t.*

223. El padre emancipaba al hijo por medio de tres ventas y manumisiones imaginarias. De este modo el hijo se hacia esclavo en cierta manera, *l.* 3. §. 1. *D. de cap. min.*; y por consiguiente cuando era manumitido se consideraba como liberto del manumisor, no en cuanto al estado, sino á los derechos de patronato. Por esto fue que el manumisor le sucedia como patrono, y que era tutor del impuber emancipado.

224. Como el padre emancipante acostumbraba hacer un contrato confidencial con el comprador del hijo para que remancipase á éste; y como en virtud de este contrato (el cual supuso Justiniano que siempre mediaba, §. *ult. Inst. de legit. agn. succ.* *l. ult. C. de emanc. lib.*), el padre, mas bien que el comprador, debia considerarse como manumisor, y gozar de los derechos de patronato, se siguió que el padre sucediese como patrono al hijo ó hija emancipados, y que recibiese la tutela legítima de éstos si eran impuberes, §. *un. Inst. e. t.* *l.* 3. §. *ult. D. de legit. tut.*

TÍTULO XIX.

Tutela fiduciaria.

225. La tutela de que acabamos de hablar se llamó antiguamente *fiduciaria*, en virtud del contrato confidencial que se interponia. *Ulpian. Fragm. tit.* 11. §. 5. Mas Justiniano aplicó este nombre á una cuarta especie de tutela, §. *un. Inst. e. t. l.* 4. *D. de legit. tut.*

226. Segun Justiniano *la tutela fiduciaria* es la que *despues de la muerte del padre emancipante ejercen sus hijos ó nietos varones mayores de veinte y cinco años sobre el impuber emancipado*, *l.* 4. *D. de legit. tut.* §. *un. Inst. e. t.* Por cuanto el padre emancipante adquiria los derechos de patronato, y en virtud de ellos desempeñaba la tutela legítima del hijo impuber emancipado, los otros hijos no emancipados

al tiempo de la muerte del padre, la adquirian como hijos del patrono, á quienes la ley de las doce tablas tambien llamaba á la sucesion, §. *un. Inst. e. t.*

TÍTULO XX.

Tutor atiliano ó dativo.

227. Esta tutela se llama *dativa*, porque la dacion de este tutor es un *acto legítimo por el cual, faltando tutores testamentarios y legítimos, el magistrado nombra uno en virtud de las facultades que le da la ley*, *pr. Inst. e. t.*

228. De aquí se derivan tres axiomas: 1.° este tutor se da por el magistrado en virtud de la ley, *l.* 6. §. 2. *D. e. t.*: 2.° se da en subsidio á falta del testamentario y legítimo: 3.° la dacion de tutor es acto legítimo, *l.* 77. *D. de reg. jur.*

229. En la ciudad de Roma se da este tutor en virtud de la ley *Atilia*, publicada por *L. Atilio Régulo*, tribuno de la plebe, á los quinientos cincuenta y siete años F. R., segun dice Livio, *Histor. lib.* 39. *cap.* 9.; y en las provincias (escepto Sicilia) en virtud de la ley *Julia* y *Ticia* publicada á los setecientos veinte y dos años F. R., siendo cónsules *César Augusto* III, y *M. Ticio Rufo.*

230. Dándose el tutor en virtud de la ley, se sigue que ninguno puede dar tutor por derecho de magistrado, sino por especial concesion del pueblo ó del príncipe, *l.* 6. §. 2. *D. de tut. dat. l.* 1. *pr. D. de offic. ejus cui mand. est jur. dict.* La *ley Atilia* concedió especialmente este derecho al pretor urbano con consejo de la mayor parte de los tribunos de la plebe (1), *pr. Inst. e. t. Liv. lib.* 39. *cap.* 9., y la ley *Julia* y *Ticia* lo concedió en las provincias á los gobernadores, *pr. Inst. e. t.* Claudio mandó despues que los cónsules pudieran nombrar en la ciudad tutores con inquisicion, *Suet. Claud. cap.* 23., cuya facultad confirió tambien Marco Antonino á los pretores tutelares; *Jul. Capi-*

tolin. vid. Marc. cap. 10. Así fue que podian nombrar tutores en la ciudad el prefecto y el pretor segun su jurisdiccion; en las provincias los gobernadores y los legados procónsules segun la oracion de Marco; y los magistrados municipales por mandato de los gobernadores, si no eran cuantiosos los bienes del pupilo (2), §. 3. 4. *Inst. e. t. l. 1. pr.* §. 1. *D. de tutor. dat.* Finalmente, cuando éstos no pasaban de quinientos sueldos, se concedia facultad de nombrarlos á los magistrados municipales, á los obispos del lugar, y al juez de Alejandría, sin que fuese necesario mandato del gobernador, *l. 30. C. de episc. aud.* §. 5. *Inst. e. t.*

(1) Como entre los tribunos no podia haber acuerdo sin el consentimiento de todos y cada uno de ellos, la ley Atilia abolió este derecho en cuanto á la dacion de tutor, mandando que bastase la opinion de la mayoría.

(2) El *pretor* dentro de la ciudad, y *el prefecto de la ciudad* dentro de cien millas de ella ó en las provincias suburbicarias, *l. 1. pr. y l. ult. D. de off. præf. urb.*

231. Del mismo axioma se sigue, que la dacion de tutor no puede delegarse, *l. 8. pr. D. de tut. et curat. dat. l. 1. pr. D. offic. cui mand. est jurisdict.*

232. Los legados procónsules tambien podian nombrar tutores, *l. 15. D. de offic. procos.*, aunque no ejercian jurisdiccion propia, *l. 13. de lug. cit.* Pero esta facultad no se les daba en virtud de la jurisdiccion delegada, sino de la oracion del emperador Marco, por medio de la cual se les conferia esta facultad, al mismo tiempo que el proconsul les delegaba la jurisdiccion, *l. 1. §. 1. D. e. t.* Los dumviros tambien podian con autoridad de los gobernadores nombrar tutores con satisdacion, si eran pocos los bienes del pupilo, *l. 3. D. de tut. dat.*

233. Dándose los tutores en subsidio, es claro que la tutela dativa tiene lugar cuando no hay tutor testamentario ni legítimo, *pr. Inst. e. t.*, cuando hay impedimento para ejercer la tutela testamentaria, pero aun se espera ésta, y cuando se acaba por muerte, escusa ó remocion del

tutor testamentario (1), *l. 11. D. de test. tut.* §. 1. y 2. *Inst. e. t.*

(1) Véase lo que digimos en la nota del párrafo 205. *El traductor.*

234. Finalmente, siendo la dacion de tutor un acto legítimo, se sigue que solo puede darse puramente, pero no bajo de condicion, ni desde dia, ó hasta dia, *l. 6. §. 1. D. de tutel.* Lo contrario sucede en la tutela testamentaria.

TÍTULO XXI.

Autoridad de los tutores.

235. La edad del pupilo es imperfecta, §. 6. *Inst. de Atil. tut.*; pero la del *infante* que no puede hablar lo es mucho mas que la de los *próximos á la infancia ó á la pubertad* (1). De aquí es que el tutor opera con *fuerza* sobre el infante, y con *potestad* sobre el *próximo á la infancia ó á la pubertad.*

(1) La infancia dura hasta los siete años, *l. 14. D. de sponsal. l. 18. C. de jur. delib. l. 1. §. 2. D. de administ. tut.* Los que pasan de esta edad, pero que siendo varones no llegan á los diez y medio, ó hembras á los nueve y medio, se llaman *próximos á la infancia*; y desde los diez y medio ó nueve y medio hasta la pubertad, se dicen *próximos á la pubertad.*

236. El infante pues no hace nada, sino que el tutor lo hace todo por él, *l. 1. §. 2. D. de adm. tut. l. 9. D. de adquir. hæred.* Pero el *mayor de la infancia* opera, si el tutor quiere é interpone su autoridad, *l. 9. D. de adquir. hær.* §. 9. *Inst. de inutil. stipul. l. 1. C. de adquir. posses.*, pues suple la falta de juicio del pupilo, *l. 32. §. 2. D. de adquir. vel amitt. posses.* Los antiguos derivaron la palabra *auctoritas* (autoridad) del verbo latino *augeo*, que significa aumentar.

237. *La autoridad se difine: un acto legítimo* (1) *por el cual el tutor aprueba solemnemente aquello que hace el pupilo mayor de la infancia, y de lo que puede seguírsele perjuicio.* Por medio de la autoridad se suple lo que falta á la persona del pupilo.

(1) Algunos no la consideran como tal; pero como en la ley 77. *D. de reg. jur.*, no se numeran todos los actos legítimos, y en la autoridad concurren todos los requisitos que les son peculiares, se debe tener por tal.

238. Siendo la autoridad un *acto legítimo*, debe interponerse inmediatamente en el mismo negocio (1), y estando presente el tutor, pues si se interpone despues de algun tiempo por carta, por procurador, ó bajo de condicion, todo es nulo, §. 2. *Inst. e. t. l. 9. §. 5. D. e. t. l. 8. D. e. t.*

(1) Parece que se opone á esto la *l.* 25. §. 4. *D. de adquir. hæred.* en la que se dice: *que preceda el mandato: que se interponga la autoridad, perfeccionado el negocio* (*perfecto negotio*); en donde *Jacobo Gotofr. á la t.* 29. *D. de reg. jur.*, piensa que se debe leer *provecto negotio* (adelantado el negocio). Pero esta correccion no es necesaria, porque la ley no dice que el tutor interponga su autoridad antes de concluirse el negocio, sino *perfeccionado*, esto es en el mismo instante en que se manifiesta el acto que da fuerza y perfeccion al negocio. Así v. gr. si interrogado el pupilo en el contrato de estipulacion, respondia acorde á la pregunta, concluido que fuese este acto, el tutor interponia inmediatamente su autoridad. Como la muger vivió antes bajo de una tutela perpetua, los antiguos disputaron si manumitiendo ella por medio de carta á un siervo ausente, el tutor deberia de interponer su autoridad, despues que la muger escribiese la carta, ó despues que el siervo la recibiese, porque se dudó si el acto estaria perfecto concluida la carta, ó despues que el siervo se hubiese informado de la voluntad de la ama. Véanse *Fragm. de antig. Jurisc.* §. 15. *en Schulting. jurisprud. antejust. y la l.* 38. *pr. D. de adq. vel amitt. poss.*

239. La autoridad del tutor es necesaria siempre que el pupilo hace algun negocio que pueda perjudicarle. Por esto es que el *pupilo puede hacer mejor su condicion sin autoridad del tutor; pero nunca peor sin la intervencion de él, pr. Inst. l. 9. pr. D. e. t. l. 28. pr. D. de pact. l. 11. D. de adquir. rer. dom.*

240. De lo que se sigue, que el pupilo puede estipular para sí, *l.* 9. *pr. D. e. t.*, aceptar donacion ó cesion, *l.* 2. *D. de acceptil.*, y adquirir por cualquier título lucrativo sin autoridad del tutor, *l.* 11. *D. de adquir. rer. dom.*; mas no prometer, donar, ceder, entregar, enagenar (1). Que los contratos celebrados con el pupilo, sabiéndolo el tutor, no obligan al pupilo; pero éste obliga á los que han contratado con él, *l.* 13. §. 29. *D. de act. empt. pr. Inst. e. t.* Por esto dicen los doctores que estos contratos *claudican.*

(1) A no ser que el pupilo se haga mas rico, ó nazca obligacion *ex re* (de la cosa), pues en ambos casos se obliga civilmente, *l.* 1. *pr. l.* 5. §. 1. *D. e. t. l.* 46. *D. de oblig. et act. l.* 13. §. 1. *D. de condict. indeb.*

241. Dedúcese del mismo principio que el pupilo no puede adir la herencia sin autoridad del tutor aunque le sea lucrosa, *l.* 9. §. 3. *D. e. t.* §. 1. *Inst. e. t.* Esto proviene en parte de que la herencia nos obliga hácia los acreedores y legatarios, *l.* 8. *pr. D. de adquir. hær.*, y el pupilo no puede por sus hechos obligarse civilmente sin la autoridad del tutor, *l.* 46. *D. de obl. et act.*; y en parte, de que la adicion de la herencia fue antiguamente un *acto* solemne por la crecion que le estaba aneja, *Antigüed. Rom. lib.* 2. *tit.* 17. §. 15.; y las cosas que necesitan de la solemnidad de derecho se deben hacer con autoridad del tutor, *l.* 19. *D. de auct. tut.*

242. Como el tutor suple con su autoridad la falta de juicio del pupilo, y por lo mismo éste y aquél se reputan como una sola persona que opera, es un axioma jurídico *que el tutor no puede interponer su autoridad en cosa propia,* §. 3. *Inst. est. tit. l.* 1. *pr. l.* 7. *pr. y* §. 2. *D. est. tit.*

243. De lo que se infiere, que el tutor no puede comprar las cosas del pupilo, *l.* 3. 4. §. 7. *D. de contr. emt.*, sino públicamente y de buena fé, como en venta pública, *l.* 5. *C. lug. cit.*; que si hubiere pleito entre el tutor y el pupilo, se dé á éste un curador *ad litem* (para el plei-

to (1), §. 3. *Inst. e. t.*, y no tutor pretorio, como se hizo antiguamente. *Ulp. Fragm. tit.* 11. §. 24.

(1) Esto sucederá hoy raras veces, porque ni el acreedor ni el deudor del pupilo pueden recibir la tutela. *Nov.* 72. *cap.* 1. 2. 4. *Nov.* 94. *præf.* Pero si sobreviene algun pleito, se nombra un curador. *Nov.* 72. *cap.* 1. 2.

TÍTULO XXII.

Modos de acabarse la tutela.

244. La tutela se estableció con el fin de amparar á los que no pueden defenderse. Por consiguiente, cesando esta causa, se acaba la tutela.

245. Acábase pues: 1.° ó por la muerte del tutor, porque un muerto no puede defender á un vivo; ó por la del pupilo, porque ya éste no necesita de defensa, §. 3. *Inst. e. t. l.* 4. *D. de tut. et rat. distr.* Por esta razon la tutela no pasa á los herederos, los cuales, aunque egerzan la legítima, no es con el carácter de herederos, sino de próximos agnados del tutor que murió, y parientes del pupilo, *l.* 16. §. 1. *D. de tut. l.* 46. *D. famil. ercisc.*

2.° Por cualquiera *capitis diminucion* que padezca el pupilo, y por la máxima y la media del tutor (1), §. 1. §. 4. *Inst. e. t. l.* 14. *pr.* §. 1. 2. *D. de tut.*

(1) La tutela se acaba por cualquiera capitis diminucion del pupilo, porque ya sea que sufra la máxima, la media ó la mínima, deja de ser cabeza libre; y de parte del tutor se acaba por la máxima y la media, porque la tutela es un *cargo público*, y éste no puede egercerse ni por los siervos ni por los peregrinos (*a*). La capitis diminucion mínima del tutor no produce ningun efecto, porque el hijo de familia puede ser tutor; antiguamente se acababa la tutela legítima, porque los derechos de agnacion se perdian por la capitis diminucion mínima; mas hoy que no existe diferencia alguna entre los agnados y cognados, *Nov.* 118. *cap.* 4., y que unos y otros pueden egercer la tutela legítima, es claro que ni los derechos de cognacion se acaban por la capitis diminucion mínima, ni que aun cuando la sufra el tutor, se acaba la tutela.

(*a*) En este y en otros párrafos anteriores usamos de la palabra *peregrinos.* Dióse este nombre hasta los tiempos de Caracalla á todos los que no eran ciudadanos romanos, ya viviesen en Roma ó en otro cualquier parage. *Nota del traductor.*

3.° Por la *pubertad*. Los *Casianos* quieren que ésta se gradúe por las apariencias corporales, y los *Proculeyanos* por la edad. Prisco juzgó que se debia atender á una cosa y otra. *Ulp. Fragm. tit.* 11. §. 28. Justiniano siguió la opinion de los Proculeyanos, y fijó la pubertad de los varones á los catorce años de edad, y la de las mugeres á los doce (1), *l. fin. C. quando tut. esse desin. pr. Inst. e. t.*

(1) Aunque la tutela se acaba *ipso jure*, llegando el pupilo á la pubertad, con todo, por la constitucion del emperador Marco no se concede á los menores la administracion de sus bienes, á menos que nombren curador. Así se debe entender la *l.* 33. §. 1. *D. de administr. et peric. tut. l.* 5. §. 3. *D. lug. cit.* y *l.* 28. §. 1. *l.* 31. *D. lug. cit.*

246. Pudiendo nombrarse el tutor testamentario puramente, bajo de condicion y por un tiempo determinado, se sigue: 4.° que *llegando el dia*, ó *cumpliéndose la condicion*, se acaba la tutela testamentaria, §. 2. y 5. *Inst. e. t. l.* 14. §. 3. 5. *D. de tut.*

247. Tambien se acaba: 5.° por la *escusa*, y 6.° por la *remocion* del tutor, §. *ult. Inst. e. t.*, de las cuales se tratará en los títulos 25. y 26.

248. El tutor, como administrador de cosa agena, está obligado á dar cuentas acabada que sea la tutela, §. 7. *Inst. de Atilian. tut.* Si no las rinde, puede ser compelido con el *juicio ó accion de tutela*; y si no las presenta con probidad á causa de haber sustraido algunos bienes, se le persigue con la accion *de rationibus distrahendis* para que pague el duplo, *tit. D. de tut. et rat. distr.* Sobre la accion de tutela véase el *lib.* 3. *tit.* 28.

TÍTULO XXIII.

Curadores.

249. El curador y el procurador casi se toman por una misma cosa, segun aparece de la *l. 1. C. si tut. vel curat. interv.*, y de los muchos egemplos con que lo ha demostrado *Bynkershoek. Obs. lib. 2. cap. 20.*

250. Por tanto, la *curatela*, lo mismo que la procuracion, no es otra cosa que *la potestad de administrar los bienes de aquellos que no pueden cuidar de sus negocios*, *l. 20. D. de rit. nupt. y l. 8. C. de nupt.*

251. De aquí nace el axioma que *el curador se da primariamente para los bienes, y secundariamente para la persona* (1), *§. 2. Inst. e. t. l. 20. D. de ritu nupt. l. 8. C. de nupt. l. 12. §. penult. D. de admin. tut.* De esto se sigue que los curadores no interponen *autoridad* como los tutores, sino que solo prestan su consentimiento, pues en la persona del menor no hay defecto que suplir, y que al que tiene tutor se le puede dar curador, *§. 5. Inst. e. t.*

(1) ¡Qué axioma tan contrario á los verdaderos intereses del menor y de la sociedad! El objeto primario de la curatela debe ser la persona del menor, pues la pubertad es el periodo mas peligroso de la vida del hombre. Esta es la edad en que se cimentan las bases de la conducta futura, en que las pasiones tienen un acceso mas fácil en el corazon humano, en que se entra en un nuevo mundo, á saber, en el mundo moral, y en que por lo mismo se necesita de una mano diestra que pueda conducir al hombre por la senda del honor y la virtud. Muchas veces sucede que el menor queda abandonado, porque carece de madre ó de otro pariente inmediato, cuya voz esté acostumbrado á oir y respetar. En semejantes casos ¿quién negará la necesidad que hay de estender las facultades del curador, armándole de la fuerza necesaria para dirigir las operaciones del menor? Esta medida produciria los efectos mas saludables, si se limitára la menor edad al término de veinte y un años, porque ya desde entonces las facultades del curador, lejos de responder á los designios de la ley, serian el manantial fecundo de disgustos y desavenencias entre aquel y el menor. *Nota del traductor.*

252. Dándose el curador á los púberes que no pueden administrar sus bienes, se sigue que lo reciban los *furiosos*, cuya curatela confirieron las leyes de las doce tablas á los agnados y gentiles (1), *Cic. Tusc. cuest. lib. 3. cap. 11. de invenc. lib. 2. cap. 50. §. 3. Inst. e. t.*

(1) Aunque el magistrado puede por derecho nuevo nombrar curador á los furiosos con conocimiento de causa, *l. 6. l. 13. D. de curat. furios.*, sin embargo, si entre los parientes hubiere alguno hábil para egercer la tutela, el magistrado no podrá escluirlo fácilmente, *l. 13. D. l. 5. C. lug. cit.*

253. Tambien se da á los *pródigos*, pues en su conducta se diferencian poco de los furiosos, *l. 12. §. 2. D. de tut. dat.*; y á la manera de éstos estan bajo la curatela de los parientes desde el dia en que el pretor les entredicha los bienes, *Horac. Serm. lib. 1. sat. 3. Paul. sent. rec. lib. 3. tit. 4. §. 7. l. 10. pr. l. 15. pr. D. de curat. furios. l. 6. D. de verb. obl.*

254. Como por las leyes de las doce tablas solamente se daba curador á los furiosos y á los pródigos, era ignominioso compeler á un hombre de sano juicio á que lo recibiese, y á privarle de la administracion y facultad de enagenar sus bienes, *l. 2. D. si à parente quis manumiss.*

255. La ley *Letoria* fue la primera que mandó que se diera curador con *conocimiento de causa*, no solo á los pródigos y dementes, como generalmente se cree, siguiendo el pasage mal entendido de Julio Capitolino *Vida de M. Ant. cap. 10.*, sino tambien á todos los menores que lo pidiesen. Es de inconcuso derecho que *al menor no puede darse curador contra su voluntad*, así por la razon espuesta en el párrafo anterior, *§. 2. Inst. e. t.*, como porque el curador hace las veces de procurador, y éste no puede nombrarse sin el consentimiento del poderdante, *l. 1. D. de procur.* Finalmente, el emperador M. Aurelio Antonino mandó que pudiera darse curador á todos los menores aun sin conocimiento de causa, *Jul. Capitol. lug. cit.*

256. Desde este tiempo pues se estableció el principio

que dice: *que á los menores no se puede nombrar curador contra su voluntad*, §. 2. *Inst. de curat.*, sino á los que lo piden, *l.* 13. §. 2. *D. de tut. et curat. dat.*, y consienten, *l.* 2. §. *penul. y ult. D. qui petant tut. et curat.* Pero como la administracion del tutor no acaba sino despues de nombrado el curador, todos los menores estan obligados á pedirlo, porque segun lo dispuesto por el emperador Antonino, ni pueden gobernarse sin el auxilio de un curador, ni se les permite la administracion de sus bienes aunque tengan buena conducta (1), *l.* 1. §. *ult. D. de minor.*

(1) *Revardo* acusa á Triboniano de inadvertencia, suponiéndole ignorante de las leyes de su tiempo, porque negó que podia darse curador á los menores contra su voluntad; pero esto no es exacto, porque aun despues de los tiempos de Antonino no se daba curador á los invitos, sino á los que lo pedian. Mas Antonino inventó un modo de compeler á todos los jóvenes á que lo pidieran, prohibiéndoles que recibiesen del tutor la administracion de sus bienes.

257. La *curatela* es *legítima* ó *dativa.* Aquélla es la de los furiosos y pródigos, ésta la de los menores, y otros que por vicio corporal ó por ausencia no pueden cuidar de sus cosas, §. 4. *Inst. e. t. l.* 65. §. 3. *D. ad SC. Trebell.* No tiene lugar la *testamentaria*, porque segun la ley de las doce tablas el padre de familia puede disponer de la tutela, mas no de la tutela de su cosa. Sin embargo, el curador dado en testamento se confirma, §. 1. *Inst. est. tit.*

258. Dánse los curadores por los mismos magistrados que nombran los tutores, §. 1. *Inst. e. t.*, y pueden serlo todos los que tienen habilidad para ser tutores; bien que si han desempeñado la tutela tienen escusa legítima, §. 18. *Inst. de excusat. tut.*

259. Así como la tutela termina con la pubertad, así la curatela de los menores acaba con la mayor edad; es decir, á los veinte y cinco años cumplidos (1), *l.* 1. §. *ult. D. de min.*, á no ser que el menor obtenga venia de edad, *l.* 2. *de his qui ven. ætat.* La de los furiosos y enfermos fenece con el restablecimiento de su salud, *l.* 1. *pr. D. de curfurios*; y la de los pródigos con la reforma de sus costumbres, y la suspension del entredicho de los bienes decretada por el pretor, *l.* 1. *pr. D. lug. cit.*

(1) Esto se estableció por la ley Letoria, *l.* 2. *C. Theod. de donat.*, la que por lo mismo llama Plauto *quinavicenaria*, *Pseud. act.* 1. *scen.* 3. *v.* 68. Letorio junto con otros parece que creyó, que un siglo era el término mas largo de la vida humana, y por esto asignó á la juventud la cuarta parte de este periodo.

260. El tutor es compelido á dar cuenta con la *accion directa de tutela*, y el curador con el *juicio útil de tutela*, aun durante la curatela, *l.* 3. C. *arb. tut. l.* 16. §. 11. *l.* 20. *D. de tut. et rat. distrah.* Se dice *útil*, porque las acciones que por una interpretacion estensiva se aplican con identidad de razon á casos semejantes, no espresos en las palabras de la ley ó del edicto, suelen llamarse *útiles*, §. *ult. Inst. de leg. Aquil.*

261. Finalmente, considerándose el curador como procurador, y no pudiendo éste constituirse sino por el dueño de los bienes, *l.* 1. *D. de procur.*, resulta que aquel á quien el tutor ó curador, obligado de alguna enfermedad ú otra causa, nombra á su riesgo y por decreto del magistrado antes de la contestacion del pleito, no se llama curador ó procurador, sino *actor* (1), §. *ult. Inst. e. t.*

(1) El pupilo mayor de la infancia, como dueño de sus bienes, puede nombrar procurador con autoridad del tutor. Lo mismo pueden hacer en juicio el tutor y curador, con tal que el pleito esté contestado, *l.* 11. *C. de procur.* La razon de esto se esplicará en el *lib.* 4. *tit.* 10.

TÍTULO XXIV.

Satisdacion de los tutores ó curadores.

262. Llámase *satisdacion* la *caucion que se presta dando* fiadores, *l.* 1. *D. qui satisd. cog*; pues aunque no sea desconocida la caucion *pignoraticia*, *l.* 1. §. 9. *D. de collat. bon.*, la *juratoria*, *l.* 17. *C. de dignit.*, y la *nudamente pro-*

misoria, §. 2. *Inst. de satisdat.*, el pretor siempre exige la satisdacion, particularmente cuando es incierta la estimacion del daño inminente, *l. 7. D. de prætor. stipul.*

263. Administrando los tutores y curadores bienes agenos, y estando por lo mismo obligados á rendir cuenta, es muy justo que si recae en ellos alguna sospecha, ambos den satisdacion de que conservarán los bienes del pupilo ó del menor, *pr. Inst. e. t. l. 1. sig. D. rem. pup. salv. fore.*

264. Dando satisdacion solamente aquellos en quienes racae sospecha, se sigue que estan exentos de prestarla los tutores dados en testamento, porque se cree que el padre habrá elegido personas idóneas (1), *l. 7. §. 5. C. de curat. furios.*, y los nombrados *con inquisicion* por los magistrados mayores, pues ésta equivale al juicio paternal (2), *l. 13. §. ult. D. de tut. dat. l. 3. l. 4. C. de tut. qui satis non ded. pr. Inst. e. t.*

(1) Por lo que tampoco estan obligados á afianzar aquellos que son nombrados por los padres que no tienen derecho de hacer tales nombramientos, y son confirmados por el magistrado, pues se consideran como tutores testamentarios. Pero los nombrados en testamento por una persona estraña, y confirmados despues de la inquisicion, deben afianzar, porque se tienen por tutores dativos.

(2) Yo creo que sería mas acertado mandar que tambien afianzasen los tutores testamentarios antes de recibir la tutela. El cariño paternal, si bien es el mejor garante respecto de aquellos actos que dependen inmediatamente del padre, ó que él mismo egecuta en favor del hijo, no lo es respecto de aquellos que aunque emanen de él, se encomiendan para su egecucion á las manos de un tercero, y cabalmente en una época en que ya el padre no puede vigilar sobre las operaciones de este tercero. Verdad es que el padre se empeñará en nombrar de tutor á la persona que juzgue mas interesada en el bien de sus hijos; ¿pero esto se consigue con deseos y sanas intenciones? ¿no sucede diariamente que los hombres se equivocan en el concepto que forman de otros, y que cuando vuelven en sí, se encuentran vendidos ó abandonados por aquellos mismos á quienes consideraban como sus mejores amigos? ¿no está el padre espuesto á correr la misma suerte, y tanto mas cuantas mayores sean sus riquezas? Pero considéresele enhorabuena exento de estos engaños, y que su eleccion recaiga en una persona digna de su confianza, ¿quién es el hombre que puede responder de la conducta futura del tutor? Si se reflexiona que éste se halla despues de la muerte del padre en posesion de unos bienes que pertenecen á un niño débil y desgraciado, y que los administra sin haber dado mas garantía que la confianza depositada en él; si se reflexiona que quizás puede ser un hombre sin responsabilidad pecuniaria, ó que aunque la tenga, sus intereses estan espuestos á mayores ó menores pérdidas; si se reflexiona que puede contraer nuevas relaciones domésticas ó aumentar las ya contraidas, que la voz de la amistad empieza á debilitarse, porque ya no sale sino del fondo de un sepulcro, y que solo se oyen las del interes y utilidad personal; si se reflexiona en fin en las estrañas revoluciones que causas físicas, políticas y morales producen constantemente en el corazon humano, ¿quién, repito, quién es el hombre que puede responder de la conducta futura del tutor? Hable por mí la esperiencia; pocos y muy pocos son los que saben resistir al poderoso influjo de circunstancias tan seductoras, y mantenerse firmes en la línea de su deber.

Las mismas leyes ofrecen la prueba mas convincente de la exactitud de estas ideas. Ellas conceden á los pupilos el beneficio de restitucion sin atender á la clase de tutor que administra la tutela; ¿y cuál es el fundamento de este beneficio? No es otro, sino la racional sospecha de que como el tutor maneja intereses agenos, no pondrá en los negocios del pupilo todo el cuidado y vigilancia necesarios. Las leyes pues no depositan una ciega confianza ni aun en el tutor testamentario; y así, para remover la especie de contradiccion en que incurren en cierta manera, es preciso que obliguen á todos los tutores á que presten fianzas suficientes antes de recibir la tutela. Por mi parte, yo solamente eximiria de esta obligacion á la madre ó á otras personas que estan identificadas con los intereses y felicidad del pupilo. *Nota del traductor.*

265. Por el contrario, deben satisdar todos los tutores *legítimos*, escepto los patronos é hijos de éstos, *l. 5. §. 1. D. de legit. tut.*; los nombrados *sin inquisicion* por los magistrados menores; y los testamentarios legítimos y dativos, cuando alguno ó algunos de ellos se ofrecen á administrar los bienes, §. 1. *Inst. e. t.* Para que la tutela no se divida entre muchos, se dará á aquel que se *ofrece*, si uno solo es suficiente para desempeñarla; y si no se ofrece ninguno, se dará al designado por el *testador*, faltando este señalamiento al que eligiere la *mayor parte de los tutores*; y si éstos no eligieren, el pretor interpondrá su oficio y nombrará uno de entre ellos, el cual dará fianza á los cólegas como *tutores honorarios*, *l. 3. §. 1. sig. D. de administr. tut.*

266. De lo que se infiere, que los *magistrados menores* que dan tutores sin inquisicion, exigen satisdacion, *l. ult. C. de magistr. conven.*; mas como ésta se presta dando fia-

dores, y la fianza se otorga por medio de estipulacion, *l. 8. pr. D. de fidejuss.*, se sigue que el pupilo mayor de la infancia puede estipular que se le conserven sus bienes, lo que tambien puede hacer el siervo propio ó público (1) en lugar del infante, *l. 2. D. rem. pup. salv. for.*

(1) El siervo propio adquiria para el amo por medio de su estipulacion, §. 2. *Inst. de stipul. servi*; mas el siervo público podia estipular para el pupilo, porque estaba en el dominio de la república, y bien podia estipularse para otro en nombre público, *l. 3. D. de prætor. stipul. l. 1. §. 4. D. ut legator.*

267. Estos fiadores estan obligados á responder por el tutor; y así es que si acabada la tutela el tutor no puede ser demandado, ó si perseguido con la accion de tutela no tiene con qué pagar, se da contra ellos accion *ex stipulatu. Toto tit. de fidejuss. et nomin.*

268. Si á pesar de esto el pupilo no puede conseguir sus bienes, se da subsidiariamente accion contra el magistrado menor que admitió fiadores insuficientes, y aun contra sus herederos, si procedió con dolo ó culpa lata, *l. 1. D. de magistr. conv.*

TÍTULO XXV.

Escusas de tutores y curadores.

269. Siendo la tutela un cargo público, es claro que casi todas las causas que escusan de éste tambien escusan de la tutela y curatela (1).

(1) No sucede así respecto de la inmunidad de los demas cargos públicos, porque ésta no se estiende á la tutela, *l. 17. §. 3. l. 15. §. 12. D. e. t.*

270. Llámase escusa en el sentido jurídico (1) la *escepcion ó motivo por el cual ó no se compele, ó se prohibe á una persona que reciba algun encargo público, y por consiguiente la tutela*. Por tanto, la ~~tutela~~ escusa es ó *voluntaria*, ó *necesaria*: aquélla aprovecha si se opone; ésta prohibe aunque no se oponga; aquélla exime de recibir la tutela; ésta inhabilita de continuar en ella. Ambas comprenden á toda clase de tutores. *Huber. Prel. Inst. e. t. §. 20.*

(1) Los jurisconsultos y los gramáticos dan á esta palabra distinta significacion. Entre éstos, escusarse es alegar causa para eximirse de recibir algun encargo; mas entre aquéllos se dice que se escusan, aun los que tienen prohibicion para ser admitidos, *l. 1. §. 3. D. de postul. l. 11. D. de decurion.*

271. Las escusas *voluntarias* nacen ó de *privilegio*, *l. 12. C. e. t.*, ó de *impotencia*, ó de temor *de perder la reputacion*. Gozan de *privilegio*: 1.° los que tienen en Roma *tres*, en Italia *cuatro*, y en las provincias *cinco* hijos vivos naturales y legítimos (1), *l. 1. §. 2. sign. D. excus. pr. Inst. e. t.*; pero los que estan en el vientre de sus madres no sirven de escusa, como tampoco los adoptivos, los ilegítimos y los muertos, á no ser que hayan perecido en la guerra, pues entonces se supone que viven en la memoria de la patria, *pr. Inst. e. t. l. 76. D. de condit. et demonst. l. ult. D. de vacat. et excus. mun.*

(1) La ley Papia Poppea concedió este privilegio con el objeto de aumentar la poblacion, *l. 64. §. 1. D. de condit. et dem. Jac. Gotofr. á la ley Pap. Popp. cap.* 8. Véase *nuestro comentar. á esta ley lib. 2. cap. 9.*

272. Por la constitucion del emperador Marco gozan tambien de igual privilegio: 2.° los que administran las cosas fiscales, las domínicas ó del patrimonio del príncipe, los tributos y vectigales (1), y los arrendadores del fundo pertenecientes al fisco (2), *§. 1. Inst. e. t. l. 41. pr. D. lug. cit. l. 10. C. lug. cit. l. ult. C. qui dar. tut. poss.*

(1) Antiguamente hubo tres especies de bienes públicos, á saber: el *erario*, el *fisco*, y el *patrimonio del príncipe*. Llamóse *erario* el tesoro que pertenecia al estado, v. gr. los tributos y vectigales. Los romanos distinguieron éstos de aquéllos, pues el *tributo* propiamente hablando,

fue la contribucion impuesta al pueblo con proporcion al valor de los bienes de cada individuo; y *vectigal*, la que se exigia por otro motivo, ó de otro cualquier modo. Los bienes que la nacion asignaba al príncipe para sostener su palacio, constituian el *fisco*; y los que poseia como individuo particular, formaban el *patrimonio del príncipe*. Cualquiera pues que administraba alguna de esta clase de bienes, tenia escusa por privilegio. *Nota del traductor*.

(2) ¿Pueden tambien escusarse los administradores y arrendadores de las cosas de la ciudad? Espresamente se niega en la *l.* 15. §. 7. *y* 10. *D. e. t. l.* 10. *D. de jur. fisc. l.* 2. *de jur. reip.*, porque á las ciudades no compete el derecho del fisco. *Huber. Præl. ad D. tit. de jur. fisc.* §. 2.

273. Escúsanse tambien por privilegio: 3.° los *ausentes por causa de la república*, no solo de la tutela recibida y de la que habrian de recibir durante su ausencia, sino de la que pudieran recibir dentro de un año despues de su vuelta, §. 2. *Inst. e. t. l.* 10. *pr. y* §. 2. *D. e. t.* Aquellos que tienen que ausentarse por causa de la república, haciendo un viage ultramarino, ó que mudan de domicilio por mandato del príncipe, pueden deponer la tutela recibida, *l.* 11. §. 2. *D. de min. l.* 12. §. 1. *D. e. t.*

274. Se escusan por privilegio: 4.° los magistrados revestidos de potestad, §. 3. *Inst. e. t.*; esto es, aquellos que pueden aprehender ó poner en la cárcel, *Gelio lib.* 13. *cap.* 15.; por lo que la edilidad no sirve de escusa, *l.* 17. §. 4. *D. e. t.* Igual privilegio se concede tambien á los senadores, *l.* 15. §. 3. *D. e. t.*, á los dumviros, *l.* 6. §. 16. *D. e. t.*; y finalmente á los maestros de primeras letras, retóricos, filósofos, médicos, jurisconsultos, y á todos los profesores de artes liberales (1), si son de los del número, *l.* 6. *C. de profess. et med.*, y enseñan en la patria con esmero, *l.* 6. §. 6. *y* 9. *D. e. t.*

(1) Hay tambien otros privilegios de esta clase, como por haber obtenido alguna victoria atlética, *l.* 6. §. 13. *D. e. t. l. un. C. de athlet.*, por ser miembro del colegio de artesanos y molineros, *l.* 17. §. 2. 3. *l.* 4. §. *ult. D. e. t.*, y por egercer el oficio de medidor de granos, *l.* 28. *D. e. t.*

275. Escusan por *impotencia*: 1.° tres tutelas en una casa, con tal que no sean afectadas ni leves, §. 5. *Inst.*

e. t. l. 5. *l.* 15. §. 15. *D. e. t.*, y así se debe atender mas bien á su carga que á su número; de lo que se infiere que una tutela onerosa sirve de escusa, *l.* 31. §. 4. *D. e. t.* 2.° la pobreza, §. 6. *Inst. e. t.*: 3.° la enfermedad, por la cual uno no puede cuidar de sus cosas, §. 7. *Inst. e. t.*: 4.° el no saber leer ni escribir, §. 8. *Inst. e. t.*; pero esto se entiende cuando la tutela es de alguna consideracion, *l.* 6. §. *fin. D. e. t.*: 5.° la edad septuagenaria (1), *l.* 3. *D. de jur. immun.* §. 13. *Inst. e. t.*, sin faltar ni un dia siquiera, *l.* 2. *pr. D. e. t.* (2).

(1) Está equivocada la *l.* 3. *C. qui ætate vel prof.*, en donde se dice, que bastan los cincuenta y cinco años. Véase á Cuyacio en dicha ley.

(2) Habiendo las leyes del *Fuero Juzgo y Fuero Real* asignado al tutor la décima parte de los frutos de los bienes del pupilo, es claro que á pesar de lo que dicen las leyes de *Partida*, la tutela no puede considerarse en España como onerosa al tutor, ó por lo menos en el grado que la consideraron las leyes romanas. De aquí infiero que si muchas de las escusas fueron concedidas en virtud de ser la tutela una carga gravosa al tutor, y ésta ha dejado ya de serlo en razon de la décima que se le concede, dichas escusas no deben admitirse hoy como suficientes para eximir del egercicio de la tutela. Esta es una inferencia jurídica; pero una inferencia que raras veces pondrá en conflicto las decisiones de un magistrado, cuando los pupilos tengan algunos bienes, porque entonces se representará una escena enteramente contraria. Basta decir que se trata de manejar los intereses de una persona que no puede defenderlos. *Nota del traductor*.

276. Finalmente, se escusan por el peligro de perder la *reputacion* aquellos que fueron enemigos capitales del padre del pupilo, §. 9. *y* 11. *Inst. e. t.*, y se les admite la escusa, no con el objeto de fomentar un ódio que muchas veces es implacable, sino con el de remover las sospechas que pudieran formarse contra el tutor.

277. Son escusas *necesarias* ó *prohibiciones*: 1.° el furor, la demencia, la sordera, la ceguera, *l.* 1. §. 2. *y* 3. *D. de tut. l.* 3. *C. qui dar. tut. l. un. C. qui morb. se excusat.*: 2.° la menoridad, §. 13. *Inst. l.* 10. §. 7. *D. e. t.*: 3.° la milicia, §. 14. *Inst. e. t. l.* 4. *C. qui dar. tut.*: 4.° el pleito con el pupilo sobre todos ó la mayor parte de los bienes,

§. 4. *Inst. e. t.*, siendo hoy suficiente el temor de cualquier pleito, *Nov. 72. cap. 1. 4. Nov. 94. pref.*: 5.° el sacerdocio y el monacato, *Nov. 123. cap. 5.*, escepto en cuanto á la tutela legítima, cuyo egercicio solamente se concede á los presbíteros y á los diáconos: 6.° el matrimonio, el cual prohibe que el marido reciba la curatela de la muger, *l. 2. C. qui dari tut. l. 14. C. de cur. furios.*, cuya prohibicion tambien se estiende al esposo, *l. 1. §. ult. D. e. t.*

278. El haber desempeñado la tutela es una escusa especial para eximirse de la curatela, §. 15. *Inst. est. tit. l. 20. C. lug. cit.*; pero esta escusa no aprovecha al liberto, á quien el patrono nombró tutor y curador de sus hijos, *l. 5. C. e. t. l. 14. §. 3. l. 24. D. lug. cit.*

279. Como las escusas voluntarias no aprovechan, á menos que se opongan, se sigue que antes de oponerse la persona nombrada es tutor *ipso jure*, *l. 31. pr. D. est. tit.*; que si despues de haber examinado las causas espuestas se rechazaren como falsas, todos los daños recaigan sobre él desde el tiempo en que fue nombrado, *l. 1. C. si tut. vel cur. fals. alleg. excus. l. 39. §. 6. D. de administr. tut.* Para evitar esto es muy conveniente que el tutor reciba la administracion desde el momento en que es nombrado, protestando que no usará de fraude en las escusas que ha de esponer.

280. Siendo la escusa una especie de escepcion, *l. 5. l. 8. D. de excep. l. 43. D. de reg. jur.*, se sigue que el tutor nombrado puede usar de muchas escusas, §. 16. *Inst. e. t.*, debiendo esponerlas todas á un tiempo, *l. 13. §. 8. D. e. t.*, y delante del tribunal, *l. 25. D. e. t.*, dentro de cincuenta dias continuos, si habitare dentro de cien millas de la ciudad; de otra suerte se conceden al tutor que se ha de escusar un dia por cada veinte millas y treinta dias mas, de manera que nunca tenga menos de cincuenta dias, §. 16. *Inst. e. t. l. 13. §. 1. D. e. t.* Síguese por último, que no pueda apelar hasta que no se decrete la inadmision de la escusa (1), §. 16. *Inst. e. t. l. 1. §. 2. D. quando appellat.*

(1) Lo contrario sucede en otros cargos públicos, *l. 1. §. 2. D. quando appellat.*

TÍTULO XXVI.

Tutores y curadores sospechosos.

281. Los tutores *sospechosos* son removidos de la tutela. Llámanse *sospechosos* los que *no se manejan con probidad*, §. 5. *Inst. e. t.*; tales son los que por dolo, culpa ó negligencia no cumplen con su deber, aunque tengan con que pagar, *dicho* §. 5. De aquí es que ni la pobreza induce sospecha contra alguno, ni las riquezas eximen de ella, *l. 8. D. e. t. §. ult. Inst. lug. cit.*

282. Como al estado interesa que se conserven los bienes del pupilo, se ha establecido el *crímen de sospechoso*, esto es, *la acusacion cuasi pública para remover, y algunas veces para imponer una pena arbitraria al tutor ó curador que no procede con integridad.*

283. Se llama acusacion (1) *cuasi público*, §. 3. *Inst. l. 1. §. 6. D. e. t.*, porque todos pueden hacerla; pero no es pública, porque no se establece delante de aquel que tiene mero imperio, sino delante del pretor, gobernador y otros que egercen jurisdiccion ordinaria, propia ó delegada, *l. 4. pr. D. de off. ejus, cui mandat. jurisdict.*

(1) Cuando los estoicos hablaban por analogía, usaban de la palabra *cuasi*. Por esto decian, que los animales no se *encolerizan*, sino *cuasi se encolerizan*; no *temen*, sino *cuasi temen*; no *ven*, sino *cuasi ven*: *Plutarc. de sollert. animal.* Los jurisconsultos imbuidos en los principios estoicos tambien dijeron: no solamente los hijos de los senadores, sino tambien los *cuasi hijos* de éstos, *l. 6. §. 2. l. 7. pr. D. de senator.*; no solamente las cosas sagradas, sino tambien las *cuasi consagradas*. *Cic. epist. à Atic. lib. 12. epist. 19. y 53.* Tambien inventaron *cuasi contratos*, *cuasi delitos*, *cuasi posesion*, *cuasi tradicion*, acusaciones *cuasi públicas*, remedios *cuasi posesorios*.

284. Siendo esta acusacion cuasi pública, se sigue que todos pueden acusar como los contutores, *l. 3. pr. D. e. t.*, los libertos, *l. 3. §. 1. D. e. t.*, y aun las mugeres, á pe-

sar de que no pueden acusar en otras causas, *l. 1. §. 7. D. e. t. l. 1. l. 2. D. de accusat.*; y no solamente las parientas, sino otras cualesquiera que lo hacen movidas del deseo de remediar los males que sufre el pupilo (1), §. 3. *Inst. e. t.* Este no puede acusar; pero el puber sí puede hacerlo contra su curador, con tal que sea con consejo de sus parientes, *l. 7. D. pr. y §. 4. Inst. e. t.*

(1) Si no hay quien acuse al tutor sospechoso, el magistrado puede proceder de oficio contra él y removerlo, porque debe perseguir á los perversos, *l. 3. l. 13. D. de offic. præs. l. 3. §. 4. D. e. t.*

285. Interesando al estado que se conserven los bienes del pupilo, se sigue que pueden ser acusados todos los tutores, *l. 1. §. 5. D. §. 2. Inst. e. t.*, aunque ofrezcan afianzar, *l. 5. l. 6. D. y §. ult. Inst. e. t.* Respecto de los legítimos se ha establecido que no se remuevan, sino que se les acompañe un curador, pues de este modo se impide que la infamia recaiga tambien sobre el pupilo, *l. 9. D. e. t.*

286. Siendo el objeto de esta acusacion la remocion del tutor sospechoso, se sigue que inmediatamente que sea acusado se le prive de la administracion mientras se concluye el pleito, §. 7. *Inst. e. t.*; y si se le condena como reo de dolo ó culpa lata, se le remueva con infamia, §. 6. *Inst. l. ult. C. e. t. l. 7. §. 1. D. e. t.*, ó sin infamia, si solamente es reo de culpa leve, *l. 3. §. ult. D. l. ult. C. e. t.* Cuando se oculta ó impide que se asignen alimentos al pupilo, entonces puede ponerse á éste en posesion de los bienes del tutor (1), §. 9. *Inst. l. 3. §. 14. l. 7. §. 2. D. e. t.*

(1) Y no solamente para que los custodie, sino para que se le asignen los alimentos. Cuando se teme que con la mora se pierdan algunos bienes, el pretor puede mandarlos vender, §. 9. *Inst. l. 3. l. 7. D. e. t.*

287. Pudiendo tambien procederse contra el tutor para que se le imponga una pena arbitraria, se sigue que si éste ó el curador son acusados por un delito mas atroz cometido en el egercicio de la tutela, se entreguen al pre-

fecto de la ciudad (esto es, al magistrado que tiene mero imperio), quien les impondrá el condigno castigo, §. 10. y 11. *Inst. l. 1. §. ult. D. e. t.*

288. Finalmente, como esta accion, aunque civil en sí, imita en cierto modo á los juicios públicos, se sigue que muerto el reo antes de la sentencia, ó acabada entretanto la tutela de cualquier modo, este crímen se estingue, §. 8. *Inst. l. penult. D. l. 1. C. e. t.*, porque ni el tutor muerto puede ser removido, ni acabada la tutela hay necesidad de este remedio, puesto que al pupilo se dispensa toda la proteccion necesaria por medio de la accion de tutela.

LIBRO SEGUNDO.

TÍTULO PRIMERO.

Division de las cosas, y modo de adquirir el dominio de ellas.



289. Hasta aquí se ha tratado de las personas, las cuales son el primer objeto del derecho: en el segundo, tercero y principio del cuarto libro se tratará de las cosas, que son el segundo objeto.

Division de las cosas.

290. Así como los jurisconsultos distinguen al *hombre* de la *persona*, así tambien hacen diferencia entre *cosa* y *pecunia* (1), pues aquélla comprende aun á lo que está fuera de nuestro patrimonio, mientras que ésta solamente se refiere á lo que está en él, *l.* 5. *pr. D. de verb. sign.*

(1) Aunque *pecunia* significa *dinero* en el sentido gramatical, no he podido hacer esta traduccion, porque los jurisconsultos la toman aquí en un sentido diferente, como se verá en el párrafo inmediato. *Nota del traductor.*

291. Por tanto los jurisconsultos llaman *cosa á lo que es de tal naturaleza que puede estar entre los bienes*; y *pecunia*, *á todo lo que verdadera y actualmente está en nuestro patrimonio. Huber. Præl. Inst. e. t.* §. 1.

292. Las cosas son ó de *derecho divino* ó *humano.* Aquéllas ó son *sagradas* ó *religiosas.* Las *santas* se consideran en cierto modo de derecho divino (1), *l.* 1. *pr.* D. e. t. Estas divisiones participan de la superstición pagana.

(1) Justiniano en el *pr. Inst. e. t.*, divide las cosas en *comunes*, *públicas*, de *corporacion*, de *particulares*, ó de *nadie*. Estas últimas se subdividen en *sagradas*, *religiosas* y *santas*. Pero nosotros preferimos seguir á Cayo.

293. Fueron *sagradas* las cosas *públicamente consagradas* (1) (á los dioses superiores) *por los pontífices ó por el príncipe como sumo pontífice*, §. 8. *Inst. e. t. l.* 6. §. 3. *l.* 9. *pr.* y §. 1. 2. *D. e. t.*

(1) La consagracion se debia hacer públicamente, esto es, por pública autoridad, para que no se introdujese ningun rito ni ceremonia perteneciente á religion estraña, sobre cuyo particular fueron muy celosos los romanos. Por esto fue que aun cuando alguno quisiese consagrar privadamente alguna cosa, no quedaba sagrada sino profana, *l.* 6. §. 3. *D. e. t.* La misma práctica se observó entre los atenienses, á quienes les fue prohibido *hacer misterios en su casa. Corn. Nep. Alcib. cap.* 3. Mas nunca deben confundirse *las cosas que privadamente se han hecho sagradas*, con los *sagrados privados* de los dioses penates, pues éstos no se constituían privadamente, sino por autoridad de los pontífices, quienes por esta razon la interponían tambien en las confarreaciones, arrogaciones, y derechos de las casas. Cic. *pro domo cap.* 13. Macrob. *Saturn. lib.* 1. *cap.* 16.

294. De aquí infirieron los romanos que las cosas sagradas no estaban en los bienes de nadie, *l.* 1. *pr. l.* 6. §. 2. *D. e. t.*, y que por lo mismo no podian valuarse, obligarse ni enagenarse (1), *l.* 9. §. 5. *D. e. t.* §. 8. *Inst. e. t.*; antes por el contrario, aun cuando el edificio se destruyese, el lugar siempre quedaba sagrado, *l.* 6. §. 3. *D. e. t. Plin. lib.* 10. *epístola* 76., á no ser que los enemigos se hubiesen apoderado de él, *l.* 36. *D. de relig.*, ó se hubiesen evocado los dioses, *l.* 9. §. 2. *D. e. t.*

(1) Los príncipes cristianos permitieron enagenarlas para redimir cautivos, §. 8. *Inst. e. t. Nov.* 120. *cap.* 10., para alimentar los pobres en una hambre pública, *l.* 21. *C. de SS. eccles.*, y para pagar las deudas de la Iglesia, *Nov.* 120. *cap.* 10.

295. Cosas *religiosas* eran los sepulcros dedicados á los dioses manes. Cada uno podia hacer religioso un lugar propio y *puro*, enterrando en él un muerto, *l.* 6. §. 4. *D. e. t. l.* 2. §. 4. *l.* 8. §. 3. *D. de religios.*

296. De estos principios inferian, que el cenotafio, esto es, el sepulcro honorario, no era religioso, *l.* 42. *D. de religios.*, segun lo determinaron espresamente los emperadores hermanos, *l.* 7. *D. e. t.*, contra la opinion de Marciano, *l.* 6. §. *ult. D. e. t.* Que los sepulcros estaban exentos del comercio de los hombres (1), *l.* 12. §. 1. *D. de religios. l.* 14. *C. de legat.* Que sepultado un cadáver en diversos lugares, solamente era religioso aquel en que estaban los miembros principales, como la cabeza, *l.* 44. *pr. D. de religios.* Que el que enterraba un muerto en lugar ageño ó público, podia ser compelido con la accion *in factum*, ó á sacar el cadáver, ó á pagar el precio del lugar, *l.* 7. *pr. l.* 8. §. 2. *D. de religios.* Que tambien los sepulcros quedaban religiosos, á no ser que las cenizas del cadáver se trasladasen con autoridad de los pontífices, *l.* 44. §. 1. *D. de religios. Plin. lib.* 10. *epístola* 73. Es digno de admirar que aun los cristianos se hubiesen conformado á estas ideas, *l.* 14. *C. de relig.*

(1) Los sepulcros ni se numeran entre los bienes, ni estaban en el comercio; mas no asi el derecho de enterrar un muerto. De aqui fue que este derecho podia legarse, y no los sepulcros, *l.* 14. *C. de legat.*, cuya diferencia da la clave para entender la inscripcion comunmente usada en las losas sepulcrales, *Este sepulcro pasa á los herederos*, *l.* 5. *l.* 6. *pr. D. de religios.*

297. Finalmente, las cosas santas se tomaban en dos sentidos (1), ó en cuanto que se consagraban solemnemente á los semidioses, ó á los genios, *Gisb. Cuper. Obs. lib.* 3. *cap.* 16. §. 332., ó en cuanto que se establecia alguna sancion penal, pues el que cometia alguna cosa contra ellas era condenado á muerte, *l.* 8. *pr. D. e. t.* El signo de esta santidad era la verbena, yerba sagrada que se producia en los pomerios (2), *l.* 8. §. 1. *D. lug. cit.*, y que llevaban los feciales, para que todos conociesen que eran sacrosantos é inviolables, *Liv. lib.* 30. *cap.* 43.

(1) Por esto fue que los muros y las puertas se llamaron santos, §. 10. *Inst. e. t.*; aunque Plutarco espresamente niega que estas lo fuesen, *cuest. rom. cap.* 87. En el primer sentido solamente son santos los muros y pomerios, mas en el segundo no solamente lo son los muros y pomerios, sino tambien las puertas, las trincheras y los muros de los castillos, *l.* 5. §. 17. *D. de re milit.*, las puertas, *dicho párrafo* 8., y aun las personas, como los padres y patronos, *l.* 9. *D. de obseq. par. et patr.*, los tribunos de la plebe, *Livio, lib.* 2. *cap.* 32. *Dionys. Halicarnaso, lib.* 6. *pag.* 410., los embajadores, *l. ult. D. de legation.*

(2) Llamóse *pomerio* un espacio de terreno que se dejaba sin fabricar así dentro como fuera de las inmediaciones de los muros de la ciudad. *Nota del traductor.*

298. Es pues claro que no podia introducirse, clavarse, agregarse, ó ponerse alguna cosa encima de las murallas ó puertas, ni tampoco repararse sin consentimiento del príncipe ó del gobernador, *l.* 8. §. 2. *l.* 9. §. 4. *D. e. t.* Si alguno los saltaba ó violaba, era condenado á muerte, *l. ult. D. y* §. 10. *Inst. e. t.*, cuya suerte sufrió Remo, segun dicen los antiguos, *l. ult. D. e. t. Liv. lib.* 1. *cap.* 7.

299. Aunque todas estas cosas fueron tomadas de la supersticion pagana, sin embargo, desde los tiempos de Constantino las cosas se consagraron de tal modo entre los cristianos, que el dominio de ellas se ofrecia á Dios, y las afectaba cierta especie de religion. Por lo cual el derecho canónico ha adoptado este principio con las consecuencias esplicadas en el párrafo 295.

300. Las cosas eclesiásticas se deben distinguir de las sagradas, pues *estan mediatamente dedicadas sin consagracion al culto divino.* Así es que pueden enagenarse por tiempo cierto ó para siempre, cuando convenga á la Iglesia, *l.* 14. §. 5. *l.* 17. §. 1. *C. de SS. eccles. Nov.* 120. *cap.* 7., mediando decreto y conocimiento de causa, segun se practica en la enagenacion de los bienes del menor. *Strick. Cautel. contr. sect.* 1. *cap.* 3. §. 7.

301. Entre los canonistas son religiosos no solamente los sepulcros y cementerios, sino tambien los hospitales, ca-

sas de espósitos, huérfanos y pobres. *Lancell. Inst. derecho canónico, lib.* 2. *tit.* 17. Por esto se bendicen con agua los cementerios, y estan sujetos á la jurisdiccion eclesiástica, sin privar de la participacion de ellos á los hereges, paganos y escomulgados.

302. Las cosas de derecho humano ó son *comunes*, ó *públicas*, ó de *corporacion*, ó de *particulares*, *pr. Inst. l.* 2. *pr. D. e. tit.*

303. Son *comunes las cosas que en cuanto á la propiedad no son de nadie, pero en cuanto al uso son de todos los hombres*, §. 1. *Inst. l.* 2. §. 1. *D. e. t. Públicas son aquellas cuya propiedad es del pueblo, pero cuyo uso pertenece á cada uno de los individuos. De corporacion*, las que *en cuanto á la propiedad son de alguna corporacion, y en cuanto al uso de cada uno de sus miembros* (1), *l.* 6. §. 1. *D. este tit. l.* 14. *D. de adquir. rer. dom.*

(1) Esta division se deriva de los estoicos, los cuales fingieron tres especies de república, una *máxima* en la que se contenian los dioses y los hombres; otra *menor*, que era la que se formaba por la reunion de cada pueblo; y la *mínima*, en la que se comprendian las corporaciones. Como cada una de estas repúblicas tenia su patrimonio, resultó que las cosas que estaban en el de la *máxima*, se llamaron *comunes*; las que en el de la *menor*, *públicas*; y las que en el de la *mínima*, de *corporacion*. Sin embargo, los antiguos confundiéron algunas veces á las cosas comunes con las públicas.

304. Son pues *comunes* el aire, el agua, el mar y sus riberas, *l.* 2. §. 1. *D. e. tit.* §. 1. *Inst. este título. Públicas*, los rios, puertos y riberas, y por lo mismo cualquiera puede atracar y descargar sus naves en ellas, secar sus redes, y pescar en el rio, *l.* 5. *pr. D. e. t.*, á no ser que alguno haya prescripto por el egercicio no interrumpido de largo tiempo el derecho de pescar en alguna ensenada, *l.* 7. *D. de diu. et temp. præscript.* Son de *corporacion*, los teatros, estadios, curias y senáculos, *l.* 6. §. 1. *D. lug. cit.*

305. Cuando alguna corporacion adquiere bienes, cuyo uso no se concede á cada uno de sus miembros, no se llaman cosas de *corporacion*, sino *patrimonio* de *corporacion*.

Por lo que el siervo público no era cosa de corporacion, sino patrimonio de ella; *l.* 6. §. 1. *D. este tit.*

306. *Cosas privadas ó de particulares* son aquellas que *verdaderamente ó por ficcion estan en el patrimonio de algun individuo*; pues aunque v. gr. las cosas hereditarias no estan en los bienes de nadie antes de la adicion de la herencia, *l.* 1. *pr. D. este tit.*, con todo, la herencia yacente representa en las demas cosas la persona del difunto, *pr. Inst. de stipul. ser. l.* 61. *D. de adquir. rer. domin.*

307. La otra division en cosas *mancipi y no mancipi* (1) fue abolida por Justiniano, *l. un. C. de nud. jur. Quirit. tollend.* En el título siguiente se esplicará la tercera, á saber, en *corporales é incorporales*; por cuya razon, siguiendo á Justiniano, pasamos á tratar del modo de adquirir el dominio de las cosas.

(1) Cosas *mancipi* eran aquellas que estimaban los antiguos en sumo grado. Binkersh. *de reb. mancipi et nec mancipi p.* 109.; tales eran los predios itálicos, los derechos de los predios rústicos, los siervos, los cuadrúpedos enseñados á trabajar por el pescuezo y lomo, la herencia, los hijos de familia, las perlas. Plinio *hist. nat. lib.* 9. *cap.* 35. *Ulpian. Fragm. tit.* 19. §. 1. Las demas cosas eran *no mancipi*.

Adquisicion del dominio de las cosas.

308. El derecho que se versa acerca de las cosas es ó en la *cosa* (in re) ó *á la cosa* (ad rem). Tanto el derecho canónico como el civil admiten esta distincion, *cap.* 8. *de concess præb. in* 6. *y cap.* 40. *de præbend. et dignit. in* 6. *l.* 19. *pr. y l.* 13. §. 1. *D. de damn. inf. l.* 3. *pr.* y *l.* 25. *D. de oblig. et action.*

309. El *derecho en la cosa* es *la facultad que compete á uno en la cosa sin respecto á la persona.* El *derecho á la cosa* es *la facultad que compete á una persona contra otra para obligarla á dar ó hacer alguna cosa*, al cual pertenecen las obligaciones que no pasan de la persona. *Huber. Præl. á la Instit. este tit.* §. 12. Del primero trataremos en los títulos siguientes, y del segundo en los últimos títulos del libro tercero, y en los primeros del cuarto.

310. De la primera definicion se sigue: 1.° que el derecho en la cosa no es momentáneo, ni que se acaba aunque la cosa haya sido hurtada ó perdida. De aquí la regla *que lo que es mio no puede ser mas mio*, §. 30. *Inst. de legat.* §. 24. *Inst. de act.*: 2.° que este derecho produce accion en la cosa contra cualquier poseedor, *l.* 25. *D. de obl. et act.* §. 1. *Instit. de act.*

311. Síguese tambien que las especies de derecho en la cosa son cuatro: 1.° *dominio*, 2.° *herencia*, 3.° *servidumbre*, y 4.° *prenda*. Que la posesion, porque solamente produce un derecho momentáneo, *l.* 15. *D. de adquir. possess. l* 5. *D. de usurp. l. ult. C. qui leg. pers. standi in jud.*, y aun cuando se pierda no se recupera con accion en la cosa, *l.* 7. *D. de vi et vi arm.*, no puede numerarse entre las especies de derecho en la cosa (1), *Huber. Præl. Instit. lib.* 4. *tit.* 15. §. 2.; más por derecho canónico la posesion participa en cierto modo de la naturaleza del derecho en la cosa.

(1) El poseedor goza del derecho de retener la cosa, pero no proviene de ella el derecho de posesion, sino del título en virtud del cual posee, v. gr. *pro suo*, *pro soluto*, *pro emptore*, *pro hærede*, *pro donato*, *pro derelicto*, *pro legato*, *pro dote*. Puede reclamar la posesion perdida no con accion real, sino personal por medio del interdicto, *unde vi l.* 7. *D. de vi.* Debe advertirse que los interdictos de retener la posesion no son acciones reales, pues el que posee no puede proceder contra la cosa, sino en un solo caso y diverso de éste, §. 2. *Instit. de act.* Sin embargo, perdida la posesion se concede al poseedor accion ad exhibendum, *l.* 3. §. 12. *D. ad exhib.*, la cual aunque *in rem scripta* es personal, y compete no solamente á aquellos que intentaron establecerla en virtud del derecho en la cosa, sino tambien á los comodatarios, depositarios, arrendatarios, *l.* 4. *D. lugar citado.*

312. *Dominio* es el *derecho en la cosa corporal*, *del cual nace la facultad de disponer de ella y vindicarla*, *á no ser que lo resistan la ley*, *la convencion*, *ó la voluntad del testador*, *l.* 21. *C. mand. l. ult. C. de reb. alien. non alienand.*

313. El dominio fue antiguamente ó *quiritario*, ó *bonitario*: aquél se adquiria solamente por los ciudadanos romanos, y segun los modos civiles, como la herencia, la

mancipacion, cesion por derecho, usucapion, compra *sub corona* (1), venta pública, adjudicacion y ley. *Varr. de re rust. lib.* 2. *cap.* 10. *Ulpian. Fragm. tit.* 19. §. 2. *Nuestr. antigüed. rom. e. t.* §. 19. y *siguient.* Este, á saber, el *bonitario podia adquirirse por otros*, *y de cualquier modo natural.* Así Teófilo en el §. *ult. Instit. de libertin.*, llama al primero *legítimo*, y al segundo *natural.* Justiniano abolió esta distincion, *l. un. C. de nud. jur. quirit. toll. l. un. C. de usucap. transform.* (2).

(1) Los enemigos hechos prisioneros en el campo de batalla ó en las ciudades tomadas por asalto, se vendieron en Roma públicamente poniéndoles una corona; de aquí el nombre, venta *sub corona*. Llamóse tambien venta *sub hasta*, porque se ponia una lanza en el parage donde se pregonaban. *Nota del traductor.*

(2) Los doctores dan hoy otro sentido al dominio *civil* y *natural*, y conceden aquél al *marido* en las cosas dotales, y éste á la *muger*. Aunque el marido sea señor, *l.* 23. *C. de jur. dot.*, y vindique la cosa en virtud de este dominio, *l.* 9. *C. de rei vind.*, con todo, no puede enagenar el fundo dotal, y disuelto que sea el matrimonio, revive el dominio de la muger. No nos detendremos mas en esta division, porque no pertenece al dominio en general, sino al de la dote.

314. Los doctores dividen hoy el dominio en *pleno* y *menos pleno*. En aquél estan reunidas las facultades de disponer de la cosa, de percibir todas sus utilidades, y de vindicarla si se hubiese perdido; mas en éste estan divididas entre el dueño que se llama *directo*, porque tiene la facultad de disponer; y el que se llama *útil*, porque le compete el derecho de vindicar y de percibir toda la utilidad de la cosa. Las especies de este dominio menos pleno son el *feudo*, el *enfiteusis*, y el *derecho de superficie*, en los cuales el dominio *directo* pertenece al dueño del feudo, del enfiteusis, ó de la superficie; y el dominio *útil* al vasallo, al enfiteuta, y al superficiario.

315. En Roma no se conocieron los *feudos*. Del *enfiteusis* y *superficie* se tratará en otro lugar. La division del dominio en *directo* y *útil*, inventada por los autores, ni se encuentra en las leyes, ni es la mas exacta; así el dominio *directo* podria llamarse con mas propiedad dominio *verda-*

dero, y el *útil derecho próximo al dominio*, ó *cuasi dominio*.

316. La causa del dominio es ó *remota* ó *próxima*: aquélla se llama *título hábil para transferir dominio*, como la compra venta, el legado, la donacion, la paga, la dote, el título pro suo y pro derelicto, la permuta, la transaccion, la adjudicacion (1), cuyos títulos dan *inmediatamente* derecho á la cosa, mas no dominio (2), *l.* 20. *C. de pact.* La *próxima* se llama *modo de adquirir*, é *inmediatamente* confiere dominio.

(1) Casi todos estos títulos se encuentran en las pandectas, *lib.* 41. *tit.* 4. *y siguientes*, y en la *l.* 17. *D. de usurpat. et usucap.*, en donde se halla el título *pro adjudicato* (adjudicacion), que tambien es modo de adquirir. Los doctores han añadido los títulos de permuta y transaccion. Omitimos el título de heredero y el de poseedor descrito en el *lib.* 41. *D. tit.* 6, porque el heredero sucede en el derecho del difunto, y por lo mismo la cosa hereditaria no empieza á poseerse con el nuevo título de herencia, sino con el mismo que poseia el difunto, *l.* 11. *D. de divers. temp. præscr. l. ult. C. pr. hær. l.* 4. *C. de præscr. long. temp.* En las pandectas esplicaremos el sentido en que puede tenerse por título.

(2) El solo título no da ningun derecho, á no ser que se siga la tradicion ó cuasi tradicion; pero se esceptúan: 1.° *el derecho de hipoteca* que se constituye por solo pacto, *l.* 1. *pr. D. de pign. act.*: 2.° las *servidumbres negativas*, las cuales no admiten ni aun cuasi tradicion: 3.° las *cosas adjudicadas por juicio doble*, á saber *communi dividundo*, *familiæ erciscundæ* y *finium regundorum*, §. *fin. Inst. de offic. jud. Ulp. tit.* 19. §. 16. Finalmente, las *cosas adquiridas por última voluntad*, pues inmediatamente se adquieren por pleno derecho, y se vindican aun sin haber sido entregadas, *l. ult. D. de serv. leg. l.* 19. §. 1. *quemadm. serv. amitt.*

317. *Los modos de adquirir* son de dos especies, y así obtenemos el dominio de algunas cosas por *derecho natural* ó *de gentes*, y el de otras por *derecho civil*, §. 11. *Instit. este tit.*

318. Grocio en el *lib.* 2. *cap.* 3. §. 1. divide los modos de adquirir por *derecho natural* en *originarios* y *derivativos*. *Originarios* son aquellos por los cuales se adquiere la propiedad de una cosa que no está en el poder de nadie: los *derivativos* transfieren de una persona á otra el dominio ya constituido. Puffendorfio en el *lib.* 4. *cap.* 6. §. 1. subdivide aquéllos ó en *simpliciter originarios*, por los cuales adquirimos

la cosa misma, ó en *secundum quid*, por los cuales nuestras cosas reciben algun incremento. La *ocupacion* es un modo *simpliciter originario*; la *accesion* lo es *secundum quid* (1). La *tradicion* es un modo *derivativo*.

(1) Yo me abstengo de combatir esta division escolástica que hace Puffendorfio, porque los jóvenes que han de leer este libro saben muy bien lo que vale el disparate de *simpliciter* y *secundum quid*. *Nota del traductor.*

319. La ocupacion *es el acto de coger con el ánimo, de apropiarse las cosas corporales que no son de nadie.* Dícese que son de *nadie las cosas que no estan por naturaleza en el dominio, ó que dejan de estarlo por haber sido abandonadas* (pro derelicto), *con la intencion de que nunca volvieran al número de los bienes de aquel que las dejó*, §. 46. *Instit. e. t. l.* 1. *l.* 2. §. 1. *l.* 5. §. 1. *D. pro derel.*

320. De lo que se sigue: 1.° que las cosas de *nadie* sean del que las ocupa, *l.* 3. *pr. D. de adquir. rer. domin.*: 2.° que la ocupacion se haga concurriendo ánimo y acto corporal, *l.* 3. §. 1. *D. de adquir. vel amitt. possess.*: 3.° que las cosas que no pueden mantenerse en custodia tampoco pueden ocuparse, §. 12. *Instit. este tit. l.* 3. §. 2. *D. de adquir. rer. dom.*

321. Las especies de ocupacion son la *caza*, la cual se estiende á las aves y peces, *la ocupacion bélica y la invencion.*

322. La caza es *la ocupacion de las bestias salvages* (1), *ya terrestres, ya volátiles, ya acuátiles que no estan en el poder de nadie*, *l.* 1. §. 1. *D. de adquir. rer. dom* §. 12. *Inst. este tit.* Por lo mismo no cazamos las bestias mansas, *l.* 5. §. 6. *D. lugar citado*, ni las domesticadas, á no ser que hayan perdido la costumbre de volver, *l.* 4. *l.* 5. §. 5. *D. de adquir. rer. dom.* §. 15. *Instit. e. t.*

(1) Se llaman bestias salvages las que vagan libremente, y no se ocupan sino por fuerza. A este número pertenecen las abejas, las palomas, los pavos, §. 14. 15. *Instit. este tit.*, aunque mas bien pueden considerarse como domesticadas, pues son tales los animales que hemos amansado en nuestra casa, como los ciervos, las palomas, pavos, abejas. Se llaman mansos los animales domésticos, como los gansos, las gallinas, §. 16. *Instit. e. t.*

323. Habiendo considerado los antiguos que las bestias salvages no eran de nadie segun el derecho de gentes, §. 12. *Instit. e. t. l. 3. pr.* §. 1. *D. de adquir. rer. dom.*, se sigue: 1.° que son nuestras al momento que las cogemos, *l.* 1. §. 1. *D. lug. cit.*, y que por lo mismo pueden cogerse no solamente en nuestros fundos, sino tambien en los agenos, con tal que el dueño no prohiba la entrada, *l.* 3. §. 1. *D. de adquir. rer. dom.*: 2.° que no pueden cogerse en los viveros, colmenares y estanques, porque ya tienen dueño; *l.* 3. §. 14. *D. de adquir. vel amitt. possess.*: 3.° que por la misma razon comete hurto el que coge los animales mansos ó domesticados, *l.* 5. §. 6. *l.* 44. *D. de adquir rer. dom.* §. 16. *Instit. este tit.* : 4.° que no basta herir el animal salvage, sino que es necesario cogerlo con la mano, con lazos ó de otra manera, *l.* 5. §. 1. *l.* 55. *D. de adquir. rer. dom.* §. 13. *Instit. este tit.*

324. Se debe notar que los animales salvages luego que que se escapan de nuestra custodia ya dejan de pertenecernos, y que recuperando su antigua libertad serán del que los ocupare, §. 12. *Instit. este tit.*; lo que no sucede respecto de las otras cosas, pues aunque se pierdan son de nosotros, y pueden vindicarse, *Grocio lib.* 2. *cap.* 8. §. 3. De aquí se sigue que un enjambre de abejas es nuestro mientras lo tenemos á la vista, y no es dificil su persecucion, §. 14. *Instit. este tit.*

325. Por medio de la *ocupacion bélica* se adquieren *las personas y las cosas de los enemigos*, pues no son de nadie segun los principios del derecho romano (1), *l.* 1. §. 1. *D. de adquir. vel amitt. possess.* De aquí se infiere: 1.° que las presas que hacemos á nuestros enemigos (no en guerra civil, *l.* 21. §. 1. *D. de cap. postlim.*) pasan á nuestro dominio por derecho de gentes, *l.* 5. §. *ult. D. de adquir. rer. dom.* §. 17. *Inst. e. t.* : 2.° que se concede á nuestros enemigos el derecho de recuperar las presas que les hemos hecho: 3.° que éstas no se consideran como nuestras hasta que no las llevamos á nuestros presidios, *l.* 5. §. 1. *D. de cap. et postlim.*: 4.° que las cosas que los soldados

mercenarios cogen en la guerra no son para ellos, sino para la república; y por lo mismo si no las entregan son reos de peculado, *l. penult. D. ad leg. Jul. peculat.*: 5.° que las cosas inmuebles no pertenecen á los militares, sino á la republica; y por esto las tierras del enemigo se adjudican al público, *l.* 20. §. 1. *D. de capt. et postlim.*: 6.° que de las cosas muebles se conceden á los militares aquellas que cogen con permiso del emperador, *l.* 36. §. 1. *C. de donat.*

(1) Véase á *Puffendorf. derech. nat. y de gent. lib.* 4. *cap.* 6. §. 14.

326. Teniendo nuestro enemigo el derecho de recuperar las presas que le hemos hecho, se sigue que si éstas se recuperan vuelven á su antiguo dueño, y si los cautivos se escapan, adquieren la libertad por derecho de postliminio, *l.* 7. *l.* 19. *D. de capt. et postlim.* Este derecho tiene lugar en la guerra, pero no en la paz, á no ser que en el tratado de paz se convenga entregar los cautivos, y efectivamente se entreguen (1), *l.* 20. *pr. l.* 28. D. *lug. cit.* Lo mismo sucede cuando se rediman, *l.* 12. §. 11. D. *lug. cit.*

(1) No obsta la *ley* 12. *pr. D. de cap. et postlim.*, pues no habla de aquellos que hecha la paz se escapan, y cometen hurto de su persona, sino de aquellos que habiéndose declarado repentinamente una guerra son cogidos por los enemigos. Así piensa Bynkershoek *Obs. lib.* 1. *cap.* 20.

327. Se adquieren por *invencion las cosas que alguno coge, y que ó por su naturaleza no pertenecen á nadie, ó que se tienen por abandonadas* (pro derelicto), *l.* 1. §. 1. *l.* 3. §. 3. *D. de adquir. vel amitt. possess.* Como las cosas que no son de nadie pertenecen al primer ocupante, se infiere que las piedras preciosas y otras cosas que se encuentran en las riberas, y que aún no estan ocupadas por otro, son por derecho de gentes del que las encuentra, §. 18. *Inst. e. t. l.* 3. *pr. D. lug. cit. l.* 1. §. 1. *D. de adquir. vel amitt. possess.*

328. Siendo las cosas abandonadas del primero que las ocupa, se sigue que un *tesoro* (1) del cual no existe memoria alguna, *l.* 31. §. 1. *D. de adquir. rer. dom. l. unica C. de thesau.*, es de nosotros si le adquirimos sin arte mágica en un lugar nuestro, §. 39. *Inst. e. t. l.* 63. *pr. D. de adquir. rer. dom. l. unic. de thesau.* Si casualmente lo encontramos en un lugar ageno público ó privado, la mitad se da al que lo encuentra, y la otra mitad cede por derecho de accesion al dueño del terreno ó á la república. Si se le busca de intento en fundo ageno, y se le encuentra, todo pertenece al dueño, y al que le encontró se le castiga como violador de propiedad agena. Si se buscare y encontrare por medio de artes malignas (2), pertenece al fisco, §. 39. *Instit. este tit. l.* 63. *D. de adquir. rer. dom. l. unic. C. de thesau. l.* 3. §. *penult. D. de jur. fisc.*

(1) Algunas veces se numera esta adquisicion entre las accesiones, como en el §. 39. *Instit. e. t.*, y otras entre las invenciones, como en la ley 31. §. 1. *D. de adquir. rer. dom.* Pero estas cosas no prueban discordancia entre los jurisconsultos. El dueño del fundo adquiere su parte por derecho de accesion, si otra persona encontrare fortuitamente el tesoro; y por derecho de ocupacion y de accesion si él mismo lo encuentra. El que recibe parte de lo que se ha encontrado en fundo ageno, la toma por solo derecho de ocupacion. Puede pues referirse á una y otra bajo distintos respectos.

(2) ¡Arte mágica, artes malignas en el siglo diez y nueve! Esto no debe combatirse. *Nota del traductor.*

329. Como no se entiende que ninguno abandona sus cosas sin preceder la intencion de que nunca jamas vuelvan á entrar en el dominio de sus bienes, se sigue que las cosas perdidas, v. gr. las que se caen de una carroza que va corriendo, no ceden al ocupante, §. 47. *Instit. este tit.* Que no pueden vindicarse por otro las ovejas y demas ganados arrebatados por los lobos, *l.* 8. §. *ult. D. dé fam. ercisc.* Que los bienes de los náufragos ó las cosas que se han echado al agua para alijar una nave no pueden ocuparse por otro, *l* 21. §. 1. *D. de adquir possess. l.* 8. *D. ad leg. Rhod. de jact. l.* 9. §. *ult. D. de adquir. rer. dom. l.* 43. §. 4. *sig. D. y Auth. Navigia C. de furt.*

330. El otro modo originario es la *accesion*, esto es, *el derecho de adquirir el aumento que reciben nuestras cosas.* Divídese por los doctores en *natural*, *industrial* y *mixta*, pues todo lo que se agrega á nuestros bienes por beneficio de la naturaleza, por el arte ó por la industria, nos pertenece en propiedad.

331. Varios son los modos de *accesion natural*, á saber: *el nacimiento del feto, por el cual todo lo que nace de la hembra que está en nuestro dominio es nuestro*, *l.* 4. *l.* 6. *D. de adquir. rer. dom. l.* 5. §. 2. *D. de rei vind.* La *isla* formada en un rio, *l.* 30. §. 2. *D. lugar citado.* El *aluvion*, esto es, *el aumento que se agrega lenta é insensiblemente por beneficio del rio*, § 20. *Instit. este tit.* La *fuerza del rio*, esto es, *el aumento agregado de un golpe*, §. 21. *Inst. lugar citado.* Finalmente, la *mutacion de álbeo*, §. 13. *Inst. lug. cit.* (1).

(1) Los estóicos y los antiguos jurisconsultos adoptaron en general el principio de que el feto no es animal, sino parte del vientre. Por eso no se considera como hombre, *l.* 9. *D. ad leg. Falcid.*, sino porcion de la muger ó de sus entrañas, *l.* 1. §. 1. *D. de ventr. inspic.*, no animal, sino esperanza de serlo, *l.* 2. *D. de mort. infer.*

332. De aquí se sigue que todo lo que nace de los animales pertenece al dueño de ellos, §. 19. *Inst. e. t.* Que los hijos nacidos de nuestras esclavas son nuestros, §. *ult. Inst. de jur. pers. l.* 7. *C. de rei vind.* Que los hijos nacidos fuera de matrimonio siguen la condicion de la madre, *l.* 19. *D. de stat. hom.*

333. De lo mismo inferian los romanos que una isla formada en medio de un rio es comun á aquellos que tienen predios en una y otra parte de la ribera, en proporcion á la estension del predio de cada uno Que si está mas cerca á una de las dos riberas, pertenezca á aquellos que tienen predios en esa parte de la ribera, §. 22. *Inst. e. t. l.* 7. §. 3. *l.* 29. *l.* 30. §. 1. *D. de adquir. rer. dom.* Que este derecho no es aplicable á las nuevas islas formadas en el mar, pues como cosas de nadie son del primer ocupante,

l. 7. §. 3. *D. lug. cit.*; ni tampoco á los campos convertidos en isla por los brazos de un rio que se separan en un punto y se reunen en otro, pues pertenecen al antiguo dueño, *l.* 7. §. 4. *l.* 30. §. 2. *D. lug. cit.* §. 2. *Inst. e. t.*

334. Tambien infieren los jurisconsultos que todo lo que se agrega por *aluvion* á nuestro campo inmediato al rio (1) es nuestro, §. 20. *Inst. e. t. l.* 7. §. 1. *D. e. t.* Mas lo que se agrega por la *fuerza del rio* queda siendo del antiguo señor, á no ser que éste, mientras la parte agregada se reune y los árboles echan raices en nuestro fundo, rehuse vindicar aquella parte de su predio, §. 21. *Inst. e. t. l.* 7. §. 2. *D. de adquir. rer. dom.*

(1) Esto se debe entender de los campos *arcifinios*, esto es, aquellos que no tienen otros límites que los naturales, como los montes ó rios, y que como dice Frontino, no estan contenidos dentro de alguna medida. Diferéncianse de éstos los *campos limitados*, los cuales formaban parte de los terrenos públicos que se repartian bajo de cierta medida; y tambien los *campos asignados*, cuyos límites no estaban demarcados por la naturaleza, sino por un campo vecino. Lo que acrece á los campos *arcifinios*, cede al dueño del campo, y lo que á los *limitados*, cede al público, *l.* 16. *D. de adquir. rer. domin. l.* 1. §. 6. *D. de flum.*

335. Finalmente, infieren los jurisconsultos que el *álbeo* que deja el rio se reparte entre aquellos que tienen predios en uno y otro lado segun la estension de dichos predios, *l.* 7. §. 5. D. *de adquir. rer. dom.* Que la inundacion no muda la especie del fundo, y que retirándose las aguas éste queda en poder de aquel á quien antes pertenecia, *l.* 7. §. 6. *D. lug. cit.* §. 24. *Inst. e. t. l.* 1. §. 9. *D. de flum.*

336. Las especies de accesion industrial son la *conjuncion*, la *especificacion* y la *conmistion.*

337. La *conjuncion es cuando una cosa agena se reune á otra nuestra,* como por *inclusion*, *soldadura*, *intestura*, *edificacion*, *escritura*, *pintura*, en cuyos casos lo accesorio siempre sigue á su principal, *l.* 26. §. 1. *D. de adquir. rer. dom.* §. 25. *Instit. de rer. div.*

338. De este principio se sigue que las piedras preciosas agenas engastadas en oro mio, son para mí, *l.* 19. §. 13. *sigui. D. de aur. arg. leg.* Que las cosas añadidas á alguna mia por soldadura, me pertenecen como partes integrantes, *l.* 27. *pr. D. de adquir. rer. dom.* Que el vestido cede á la púrpura con que se tiñe, §. 26. *Inst. e. t. l.* 7. §. 1. *D. ad exhib.* Que lo que se edifica en un terreno cede á él, ya sea que edifiquemos con materiales nuestros en lugar ageno, ya con materiales agenos en lugar nuestro, *l.* 7. §. 10. *y* 12. *D. de adquir. rer. dom.* §. 29. *Inst. e. t.* Que lo que se escribe en un papel cede á él, *l.* 9. §. 1. *D. lug. cit.* §. 33. *Inst. e. t.* Finalmente, que la pintura cede á la tabla en que se hace. Tal es la opinion de los jurisconsultos mas escrupulosos, *l.* 23. §. 3. *D. de rei vind.*, aunque Cayo juzgó de otra manera atendiendo á la dignidad del arte, *l.* 9. §. 2. *D. de adquir. rer. dom.*, y así lo determinó Justiniano, §. 34. *Inst. e. t.*

339. Siendo injusto que uno se enriquezca con detrimento de otro, el dominio no se estingue; y por lo mismo en los casos primero, segundo y tercero se concede al dueño de las piedras preciosas, de los metales y de la púrpura accion *ad exhibendum* contra el poseedor de buena fé, *l.* 23. §. 5. *D. de rei vind.*, y tambien condicion sin causa, §. 26. *Inst. e. t.*; pero contra el poseedor de mala fé se concede ademas accion de hurto y condicion furtiva, §. 26. *Inst. e. t.*

340. Igualmente aquel que fabrica en terreno suyo con materiales agenos es señor del edificio, §. 29. *Inst. e. t. l.* 7. §. 10. *D. de adquir. rer. dom.*; pero el dueño de los materiales no puede vindicarlos segun la ley de las doce tablas mientras exista el edificio, á fin de que la ciudad no presente un aspecto informe con las ruinas, *l.* 7. §. 10. *D. lug. cit.* Pero se da accion de *tigno juncto* para que el poseedor pague el duplo, *l.* 7. §. 10. *D. lug. cit.* Si el edificio se destruye y el poseedor de mala fé no paga el duplo, el dueño puede vindicar la materia y proceder con la accion *ad exhibendum*, §. 29. *Inst. e. t.*

341. Por el contrario, si alguno fabrica con materia-

les suyos en terreno ageno, el edificador que posee de buena fé repele con la escepcion de dolo malo al dueño del terreno que reclama el edificio sin haber pagado todavía su precio; pero si posee de mala fé, pierde el dominio de los materiales, §. 30. *Inst. e. t. l.* 7. §. 12. *D. de adquir. rer. dom.* Al que no posee no compete ninguna accion, *l.* 33. *D. de cond. indeb. l.* 14. *D. de dol. mal. et met. except. l.* 48. *D de rei vind.*

342. Finalmente, al que escribe y al dueño de la tabla se da accion *in factum* contra el dueño del papel y contra el pintor, siempre que tengan buena fé, *l.* 23. §. 5. *D. de rei vind*; pero si la tienen mala, se concede accion de hurto y condicion furtiva, ó accion útil contra la cosa, §. 34. *Inst. e. t. l.* 9. §. 2. *D. de adquir. rer. dom.*

343. La especificacion es *un modo de adquirir por el cual, haciendo uno en su nombre una nueva especie con materia agena, adquiere el dominio de dicha especie*, cuya accesion es de la forma á la materia. Habiéndose disputado entre los antiguos si la forma debia de preferir á la materia, ó ésta á aquélla, los jurisconsultos se dividieron en diversas sectas con respecto al dominio de la nueva especie (1).

(1) Los Sabinianos daban la preferencia á la materia; los Proculeyanos á la forma, pues ésta es la que da esencia á la cosa (*a*). De aquí fue que aquéllos adjudicaban la nueva especie al dueño de la materia, y éstos al que hacia dicha especie, *l.* 7. §. 7. *D. de adquir. rer. dom.* §. 25. *Instit. e. t.* Los demas siguieron la opinion media, *l.* 7. §. 7. *l.* 12. §. 1. *l.* 24. *y* 26. *pr. D. de adquir. rer. dom.*

(*a*) Esta razon es absurda, porque se funda nada menos que en el solemne disparate de la forma sustancial. *Nota del traductor.*

344. Pero Justiniano determinó que si la cosa se podia reducir á su primera materia, perteneciese al dueño de ésta; pero si no, al que habia hecho la nueva especie, §. 25. *Inst. e. t.*, debiendo éste, si tiene mala fé, pagar su valor al dueño de la materia; pero si la tiene buena, solamente será responsable por aquello en que se haga mas rico, *l.* 28. §. 5. *D. de rei vind.*

345. Por la *conmistion* se mezclan ó las cosas sólidas de

dos ó mas personas, §. 28. *Inst. e. t.*, ó las cosas líquidas. La primera se llama propiamente *conmistion*, la segunda *confusion*, §. 27. *Inst. e. t.* En el primer caso cada una de las cosas se mantienen separadas, mas en el segundo se forma un solo cuerpo (1).

(1) Este es un error. La química ofrece una multitud de casos en que se mezclan los líquidos, y no por eso forman un solo cuerpo. *Nota del traductor.*

346. De aquí se sigue que las cosas confundidas ó mezcladas sean comunes, si la confusion ó la mezcla se ha hecho con voluntad de los dueños, *l.* 7. §. 8. *D. de adquir. rer. dom.*; pero si solo interviene la voluntad de uno, las cosas confundidas son del que las confunde, *l.* 5. §. 1. *D. de rei vind.*, y las mezcladas pueden vindicarse por cada uno de sus dueños respectivos, §. 28. *Inst. e. t. l.* 5. *pr. D. de rei vind.* Finalmente, las cosas que casualmente se han confundido son tambien comunes, *l.* 7. §. 9. *D. de adquir. rer. dom.* §. 27. *Inst. e. t.*; mas las mezcladas fortuitamente se vindican por sus respectivos dueños, §. 27. *Inst. e. t.*

347. Accesion *mista* es cuando alguna cosa se agrega á la nuestra por beneficio de la naturaleza, ó por industria del hombre. Sus especies son la *plantacion*, la *sembradura*, y *la percepcion de frutos.*

348. Acerca de las dos primeras se establecen los axiomas siguientes: 1.° todo lo que se planta ó siembra en un terreno cede á él, *l.* 9. *pr. D. de adquir. rer. dom.* §. 32. *Inst. e. t.*: 2.° que es dueño del árbol aquel en cuyo terreno echare las raices, §. 31. *Inst. e. t.*

349. Infiérese del primer axioma que los granos agenos sembrados en mi campo, ó los mios sembrados en campo ageno, pertenecen al dueño de dicho campo, deducidos los gastos, *l.* 9. *pr. D. de adquir. rer. dom.* §. 32. *Inst. e. t.* Del segundo se infiere que el árbol sembrado en algun lindero es de aquel en cuyo fundo echare las raices; y si las echare en uno y otro, será comun y pro indiviso mientras permanece sembrado; y si se arrancare, será comun

y divisible, *l.* 7. §. *ult. l.* 8. *pr.* §. 1. *D. lug. cit.* §. 31. *Inst. e t. l.* 19. *D. comm. div.* Infiérese de los dos axiomas que una planta nuestra puesta en terreno ageno, ó agena en terreno nuestro, cede al suelo si echare raices; pero que antes puede vindicarse por el dueño, *l.* 7. §. *ult. D. lug. cit.* 31. *Inst. e. t.*

350. *La percepcion de frutos es una especie de accesion por la cual aquel que posee la cosa agena con buena fé no interrumpida y justo título, se reputa como señor, y por lo mismo hace suyos los frutos que percibe*, *l.* 48. *pr. l.* 23. §. 1. *D de adquir. rer. dom.* §. 35. *Inst. e. t.* Posee de *buena fé* el que *ignora que la cosa es agena, y cree que su causante tuvo derecho de enagenarla como dueño, procurador ó tutor*, *l.* 109. *D. de verb. sign.* Posee con *justo título el que posee por una causa hábil para transferir dominio. Poseer* no es retener la cosa, sino *retenerla con intencion de dominio, ó de tenerla para sí*, cuya posesion estrictamente se llama *civil* en contraposicion á la *natural*, *l.* 1. §. 9. *D. de vi et vi arm. l.* 2. §. 1. *D. pro hæred. l.* 38. §. 7. *D. de verb obl.*

351. Como la buena fé y el justo título hacen que el poseedor se considere como señor, se sigue que hace suyos los frutos que percibe, esto es, desde el instante en que se separan del terreno ó del árbol, *l.* 48. *pr. D. de adquir. rer. dom.* Que percibe no solamente los industriales, sino los naturales, *l.* 48. (1), como el olivo, que segun Plinio *histor. nat. lib.* 15. *cap.* 1., se da sin cultura lo mismo que el heno, *l.* 13. *D. quib. mod. ususf. amitt.* Vinnio en el §. 35. *Inst. e. t.* Que el poseedor de mala fé nada lucra, y que no solamente está obligado á restituir los frutos percibidos, sino tambien los que se debieron percibir, *l.* 33. *l.* 62. §. 1. *D. de rei vind.* §. 35. *Inst. e. t.*

(1) Esto se confirma en la *l.* 25. §. 1. *D. de usur. y l.* 136. *D. de reg. jur.* Así no se deben tomar como sinónimas las palabras de Justiniano, *pro cultura et cura* (por la cultura y cuidado).

352. Como la buena fé no hace á nadie verdadero señor, se sigue que apareciendo éste, el poseedor de buena fé no restituye los frutos *consumidos* aunque se haya hecho mas rico con ellos, §. 35. *Inst. e. t. l.* 4. §. 2. *D. finium regund.*; pero sí los existentes, *l.* 22. *C. de rei vind.*

353. *La tradicion es un modo derivativo de adquirir por el cual el señor que tiene derecho y ánimo de enagenar transfiere á otro por justo título una cosa corporal*, §. 40. 42. *Inst. e. t.*

354. Síguese de aquí: 1.° que pueden entregarse las cosas corporales: 2.° que deben entregarse por el dueño que tiene derecho de enagenar: 3.° que no se transfiere el dominio, si la entrega no se hace con ánimo de enagenar: 4.° que por la entrega no se adquiere dominio, á no ser que preceda título hábil para transferirlo. *Huber. prelec. á la Inst. e. t.* §. 52.

355. Recayendo la tradicion sobre cosas corporales, se sigue que en las incorporales solamente tiene lugar, *l.* 43. §. 1. *D. de adquir. rer. dom. l.* 4. §. 17. *D. de usurp. et usuc.*, la *cuasi tradicion.* Esta consiste de parte del que la concede en paciencia ó tolerancia, y de parte del que la recibe en el uso ó egercicio, *l.* 1. §. *ult. D. de serv. rust. præd. l. ult. D. de serv.* Que deba hacerse por traslacion natural de la cosa, como pasando la cosa mueble de una mano á otra, *l.* 8. *D. de pecul.*, ó mostrando la cosa inmueble que está presente, *l.* 3. §. 1. *D. de adq. poss.*, ó por cierto signo, v. gr. entregando las llaves, los instrumentos y otras cosas, cuya tradicion se llama *simbólica*, *l.* 1. §. *penult. D. de adq. poss. l.* 9. §. 6. *D. de adquir. rer. dom.* §. 44. *Inst. e. t. l.* 74. *D. de contr. empt.*, ó manifestando la cosa á lo lejos, *l.* 18. §. 2. *D. de adquir. possess.*, cuya tradicion se llama *longa manu*, *l.* 79. *D. de solut.*, ó finalmente por *ficcion*, suponiendo que se entrega una cosa cuando el que la recibe ya la poseía por otro título, §. 43. *Inst. e. t. l.* 9. §. 5. *l.* 21. §. 1. *D. de adquir. rer. dom.* Esta tradicion se dice hecha *brevi manu*, *l.* 43. §. 1. *D. de jur. dot.*

356. Debiendo hacerse la tradicion por el dueño que tiene derecho de enagenar, se sigue que si se hace por uno que no es señor, no transfiere dominio aunque aquel que

la reciba lo considere como verdadero dueño; pero esta circunstancia hace al que la recibe poseedor de buena fé, *l. 20. pr. D. e. t.* Que el pupilo no puede hacer la tradicion sin autoridad del tutor, §. 2. *Inst. quib. al. lic. vel non.*

357. Como el que entrega debe tener intencion de enagenar, y justo título en virtud del cual se haga la tradicion, se sigue que no se transfiere dominio si falta dicho título, *l. 31. pr. D. de adquir. rer. dom.* Que en la compra venta no basta el título, á no ser que se haya pagado el precio, ó se haya vendido al fiado, §. 41. *Inst. e. t. l. 19. D. de cont. empt.* Que la tradicion pueda hacerse á personas inciertas, con tal que indefinidamente sean ciertas, v. gr. los dones que los príncipes arrojan al pueblo (1), §. 45. *Inst. e. t. l. 9. §. 7. D. de adquir. rer. dom.*

(1) Pueden mas bien referirse á la ocupacion, pues el que arroja dichos dones lo hace con la intencion de perder su dominio para siempre, y por lo mismo los tiene *pro derelictis*, los cuales no siendo de nadie ceden al que los ocupa. En varios autores y leyes se hallan egemplos de estos dones esparcidos por los emperadores y magistrados, §. 45. *Inst. e. t. l. 2. C. de consul. et non sparg. pec. lib. 12. Nov. 105. cap. 2. §. 1.*

TÍTULO II.

Cosas corporales é incorporales.

358. Llaman los jurisconsultos *cosas corporales* aquellas *que pueden tocarse*, é *incorporales* las que *no pueden tocarse* (1). De esta especie son aquellas que consisten en ciertos derechos, como la herencia, el usufructo y las obligaciones, *l. 1. §. 1. D. de rer. divis.* §. *un. Inst. e. t.*

(1) Esta division se funda en los principios estóicos, cuyos filósofos reduciendo al tacto todos los sentidos, definieron al cuerpo *aquello que puede tocarse*, *Sénec. epist. 106.* Los mismos filosofos afirmaron que solo los cuerpos tenian *ser*, y que las cosas incorporales no *existian*, sino que se *entendian*, *Cic. topic. cap. 5.*, llamando á aquéllos *cosas*, á éstos *derechos*, *Quintil. Inst. orad. lib 5. cap. 10.* De aquí las palabras de Paulo: *las servidumbres no estan en los bienes, sino fuera de ellos.*

359. Por tanto el dinero es corporal en cuanto que se hace de oro y plata, §. *un. Inst. e. t. l. 1. §. 1. D. de rer. divis.*; pero en cuanto consiste en cantidad es incorporal, *l. 46. D. de condict. indeb. l. 5. pr. D. de impens. in rem dot. l. ult. D. de adim. leg.*, pues las cantidades, lo mismo que las cualidades, no pueden tocarse. Por esto algunos autores dividen las cosas incorporales en *cantidades* y *cualidades.*

360. No pudiendo tocarse las cosas incorporales, se sigue que propiamente ni se poseen ni se entregan, ni estan en el dominio, sino que cuasi se poseen, cuasi entregan, y se entiende que estan en *los bienes*, *l. 49. D. de verb. sign. l. ult. D. de usufr. leg.*

361. Las cosas incorporales se dividen en *muebles é inmuebles*. *Muebles* son *las que se mueven por sí mismas, ó se trasladan de un lugar á otro sin destruirse. Inmuebles son aquellas que no pueden moverse de un lugar á otro sin deteriorarse, como las cosas inherentes al suelo, ó que constituyen parte de las cosas inmuebles, ó que estan destinadas en cierto lugar á uso perpetuo*, *l. 13. §. fin. l. 14. 15. 17. pr. D. de act. empt. l. 242. §. ult. D. de verb. sign.*

362. Por tanto, las obligaciones, derechos y acciones de las cosas muebles é inmuebles no se contienen en esta division, *l. 7. §. 4. D. de pecul. l. 15. §. 2. D. de rei jud. l. unic. §. 7. C. de rei ux. act. l. 2. C. de quadrienn. præscript.*

TÍTULO III.

Servidumbre de los predios.

363. Consistiendo las cosas incorporales en derechos, siendo las *servidumbres* uno de ellos, y numerándose ademas entre los derechos en la cosa, se debe tratar de ellos en los títulos siguientes.

364. La *servidumbre* es el *derecho constituido en cosa agena, por el cual el dueño está obligado á permitir ó no hacer algo en su cosa, en utilidad de otra persona ó cosa*, *l. 15. pr. §. 1. D. e. t.* No sirve pues aquí un hombre, como se

dijo en el §. 77, sino una cosa á un predio vecino ó á una persona. La primera servidumbre se llama *real ó predial*; la segunda *personal*, *l.* 1. *D. e. t. l.* 32. *D. de usufr.*, á la que pertenecen el *usufructo*, el *uso*, la *habitacion*, y *las obras de los siervos*, *l.* 1. *D. e. t.*

365. La servidumbre *real* es cuando *un predio sirve á otro predio*, §. 3. *Inst. e. t. l.* 1. §. 1. *D. commun. præd.* Por lo que sin predio no hay servidumbre, *l.* 1. §. 1. *D. comm. præd. tam urban. quam rust.* (1).

(1) Antiguamente hubo grande diferencia entre estas servidumbres, porque las que pertenecian á los predios rústicos eran cosas *mancipi*, y las que á los urbanos cosas *no mancipi*; pero abolida esta distincion, ya no es de uso alguno en las servidumbres.

366. Los jurisconsultos llaman á los predios *urbanos* cuando estan destinados á la sola habitacion, ya sea que esten en el campo, ya en la ciudad; y cuando lo estan á usos domésticos se dicen *rústicos*, sin consideracion alguna al lugar donde estan situados, §. 1. *Inst. e. t. l.* 1. *pr. D. comm. præd.* Nada importa que sean edificios ó areas, porque los huertos agregados á los edificios se llaman predios urbanos si se tienen para recreo, *l.* 198. *D. de verb. sign.*, mientras que las casas de campo se llaman predios rústicos, *l.* 211. *D. lug. cit.* De aquí es que las servidumbres se llaman *urbanas* ó *rústicas*, segun la naturaleza del predio dominante.

367. Acerca de todas las servidumbres se establecen los axiomas siguientes: 1.° que toda servidumbre se constituya en cosa agena, porque á ninguno sirve su cosa, *l.* 5. *pr. D. si usufr. pet.*: 2.° que ninguna servidumbre consiste en hacer, sino en *permitir* ó en *no hacer* (1), *l.* 15. §. 1. *D. de serv.*: 3.° que todas las servidumbres son indivisibles, *l.* 2. §. 2. *l.* 72. *pr. D. de verb. obl.*: 4.° que la *causa de las servidumbres debe ser perpetua*, *l.* 28. *D. de serv. præd. urb. l. unic.* §. 4. *D. de font. l.* 1. §. 5. 8. *D. de aqu. quotid.*

(1) Las que consisten en *permitir* se llaman *afirmativas*, las que en *no hacer*, *negativas*. Aquéllas *cuasi se entregan*; éstas ni pueden *entregarse*, *ni cuasi entregarse*.

368. Siendo la servidumbre un derecho en la cosa, y en cosa agena, se sigue que se constituye por pacto ó estipulacion, §. 4. *Inst. e. t.*, por última voluntad, §. *ult. Inst. e. t. l.* 16. *D. comm. præd.*, por la prescripcion de diez años entre presentes, y veinte entre ausentes, *l. ult. al fin. C. de præscr. longi temp.*; pero si la servidumbre es afirmativa (1), *l. ult. D. de servit. l.* 1. *al fin. D. de servit. præd. rust. l.* 11. §. 1. *D. de public. in rem act.*, no nace derecho en la cosa del pacto, sino inmediatamente de la cuasi tradicion. Si el dueño del predio dominante adquiere el predio sirviente, ó al contrario, se estingue la servidumbre, *l.* 1. *D. quemadm. serv. amitt.*

(1) Por tanto, la servidumbre *prometida* se pide solamente con la accion *ex stipulatu*; mas la *legada* ó con la accion personal de testamento, ó con la real confesoria; y si estuviere ya *constituida*, se reclama solamente con ésta. La razon por que la servidumbre dejada en testamento puede pedirse con accion real, ya se ha dado en la nota segunda del §. 316, á saber; porque los legados se adquieren de pleno derecho sin necesidad de tradicion, *l. ult. D. de serv. leg.*

369. Consistiendo las servidumbres en permitir ó no hacer, se infiere que el dueño del predio sirviente no está obligado á repararlo con el objeto de que pueda prestar la servidumbre, *l.* 15. §. 1. *D. de servit.*

370. Finalmente, siendo indivisibles todas las servidumbres, se sigue que no puedan constituirse ni adquirirse por partes, *l.* 8. §. 1. *l.* 9. *l.* 11. §. 1. 17. *D. de servit.*; bien que esto no impide que puedan prefijarse ciertos términos, al modo con que deban prestarse, *l.* 4. §. 1. *D. lug. cit.*

371. Son varias las *servidumbres de los predios urbanos*, como se puede ver en la *l.* 2. *l.* 3. *l.* 4. *D. de servit. urb. præd.* §. 1. *Inst. de servit.* En los párrafos siguientes se tratará de cada una de ellas en particular.

372. La servidumbre de *sufrir carga* (oneris ferendi), consiste en que la *columna ó pared del vecino esté obligada á soportar el peso de nuestros edificios*, §. 1. *Inst. e. t. l.* 33. *D. de servit. urb. præd.*

373. No consistiendo la servidumbre en hacer, ni es-

tando ordinariamente el dueño del predio que sirve obligado á refaccionar, es claro que el dueño del predio dominante tambien está ordinariamente obligado á reparar la pared ó columna del vecino sobre que descansan sus edificios, *l.* 6. §. 2. *D. si servit. vind.* Por lo tanto no puede decirse que esta servidumbre es anómala (1).

(1) Disputaron los antiguos no sobre si el dueño del predio sirviente está obligado á reparar la columna, sino sobre si podria hacerse este pacto. Aquilio Galo lo negó, fundándose en que era contrario á la naturaleza de la servidumbre; pero la opinion de Servio prevaleció, porque no prestándose la servidumbre, segun dice Labeon, por el hombre, sino por la cosa, el dueño de la columna puede abandonarla para siempre, esto es, dejarla *pro derelicto*, *l.* 6. §. 2. *D. si servit. vind.* Paulo habla espresamente de este pacto en la ley 33. *D. de servit. præd. urb.*, en la cual se dice que las partes estipularon del modo siguiente: *que la pared que ha de sufrir la carga permanezca como está ahora.* Por tanto si no se estipulaba de este modo, el dueño del predio dominante, y no el del sirviente, era quien quedaba obligado á refaccionar la pared.

374. La servidumbre llamada *tigni immitendi* es *el derecho por el cual uno está obligado á sufrir que descansen en su pared los maderos ú otros materiales cualesquiera que el vecino introduzca en ella*, *l.* 20. *D. de servit. præd. urb. l.* 242. §. 1. *D. de verb. sign.*

375. La servidumbre *projiciendi* es *el derecho que uno tiene en el predio del vecino para que permita suspender sobre su fundo alguna parte de nuestros edificios, aunque no descansen en él* (1), *l.* 242. §. 1. *D. de verb. sign.* La servidumbre llamada *protegendi* es *el derecho de tener un techo sobre suelo ageno*, *l.* 2. *D. de servit. præd. urb.*

(1) Tales eran los *menianos y suggrundios*. Los *menianos* eran unas especies de balcones que se hacian para mirar, y todavía no se ha decidido si se llamaron así de *Menio censor*, ó de un jóven pródigo de este nombre. Las demas especies de balcones ó de aleros que se hacian, ya para mirar, ya para echar fuera el agua, se llamaron *suggrundios* de *suggrediendo. Vitruvio lib.* 2. *cap.* 9. *lib.* 4. *cap.* 2.

376. La servidumbre *stillicidii ó fluminis recipiendi* es *el derecho por el cual el predio vecino está obligado á recibir el*

agua que por goteras ó canales cae de nuestros techos sobre su casa ó area, *l.* 2. *D. lug. cit.*; y la servidumbre de no recibir (non recipiendi) *es cuando los reglamentos permiten que el agua de las goteras ó canales caiga sobre el fundo del vecino, pero éste tiene sin embargo derecho de prohibirlo. Vinn. al* §. 1. *Inst. e. t. Huber. Præl. á la Inst. e. t.* §. 9. La diferencia que hay entre la servidumbre *stillicidii* y *fluminis*, es que en aquélla el agua cae por goteras, y en ésta por canales, y por consiguiente en mayor cantidad.

377. La servidumbre de *no fabricar mas alto* (altius non tollendi) es *el derecho por el cual se prohibe al vecino que fabrique mas alto para que no perjudique las casas vecinas*, *l.* 2. *D. de servit. præd. urb.* §. 1. *Inst. e. t.* La servidumbre de *fabricar mas alto* es *el derecho por el cual se obliga á uno á que deje que el vecino fabrique mas alto de lo que permiten los reglamentos* (1), §. 2. *Inst. de act.* Así para que exista esta servidumbre es menester que haya un reglamento que prohiba al vecino fabricar sin permiso del vecino, fuera de los términos prescriptos por la ley, *l.* 12. §. 1. *C. de ædific. priv.*

(1) No faltan autores que fundadamente congeturan que la servidumbre de edificar mas alto se establecia siempre que un vecino estipulaba con otro el derecho de poner entablamento en sus casas. Esto se hizo algunas veces, segun se infiere de la *l.* 2. *pr. D. de servit. rust. præd.* y *l.* 24. *D. de servit. urb. præd.* Pero esta congetura, como sucede con casi todas las esplicaciones de los doctores, ofrece graves dificultades: 1.º porque el dueño del predio dominante no podria entonces establecer la accion confesoria con esta fórmula: *digo que tengo derecho de fabricar mis casas mas alto*, §. 2. *Inst. de act.*: 2.º porque esta servidumbre no se diferenciaria de la de sufrir carga; y 3.º porque consta de la *l.* 1. *pr. D. de servit. urb. præd.*, que si *hay de por medio algun terreno público ó camino público no se impiden las servidumbres de senda ó carrera, ni la de edificar mas alto.* ¿De qué uso pues seria el poner entablamento en casas agenas, si uno no tuviese acceso á ellas desde las suyas? Confieso que esta opinion no ofrece menores inconvenientes que la de *Fabro*, *Donelo*, *Duareno*, *Corasio*, *Vinnio* y otros.

378. La servidumbre de *dar luz* (luminum) es *el derecho de obligar al vecino á que nos permita poner nuestras ventanas en una pared suya ó comun*, *l.* 4. *y* 40. *D. de servit.*

præd. urb. La de *no impedir la entrada de la luz* (ne luminibus officiatur) es *el derecho de prohibir al vecino que haga alguna cosa por la cual se disminuya la claridad que recibimos*, *l.* 4. 15. 17. *pr.* §. 1. *l.* 23. *D. lug. cit.*

379. La servidumbre de *vista* (prospectus) es *el derecho de mirar hácia el predio vecino*, *l.* 12. *y* 16. *D. lug. cit.* La servidumbre de *no impedir la vista* (1) (ne prospectui officiatur) es *el derecho de prohibir al vecino que haga alguna cosa por la cual impida esta vista*, *l.* 3. *y* 15. *D. lug. cit.*

(1) Por lo cual, constituida esta servidumbre, el vecino no puede tener sobre las casas ni aun jardin, cuya prohibicion no existe en la servidumbre de no edificar mas alto, *l.* 12. *D. lug. cit.*

380. Las servidumbres de los *predios rústicos* son *la senda*, *carrera*, *via*, *acueducto* y otras semejantes. *Senda es el derecho de pasar un hombre por predio ageno sin llevar jumento ó vehículo*, *l.* 1. *pr. D. de servit. rust. præd. pr. Inst. e. t. Carrera* es *el derecho de llevar jumento ó vehículo* (1), *l.* 1. *pr. D. lug. cit. pr. Inst. e. t. Via* es *el derecho de pasar á pie ó á caballo, y aun de llevar toda especie de vehículo*, *l.* 1. *pr. lug. cit.*

(1) ¿En qué se distingue la carrera de la via? Véase á *Bynkershoek Obs. lib.* 4. *cap.* 7. (*a*).

(*a*) En la *carrera* se habla de los vehículos que se manejan con la mano, así como las carretillas; pero en la *via* la palabra vehículo se estiende á toda especie de carros. *Nota del traductor.*

381. Estas servidumbres se distinguen tambien en cuanto al espacio, *l.* 13. *D. de servit.* Las leyes de las doce tablas determinaron que la *via* tuviese ocho pies de ancho en lo recto, y diez y seis en lo tortuoso, *l.* 1. *D. de servit. rust. præd.* La latitud de la *carrera* eran cuatro pies, *Varron de la lengua latina lib.* 4. *cap.* 4.; y la *senda*, aunque no se sabe con certeza, acaso tenia dos.

382. Infiérese claramente de aquí la razon por qué el que tiene la carrera tiene tambien la senda (1), y el que

la via, tiene tambien la carrera y la senda, *l.* 1. *pr. D. de servit. rust. præd.*

(1) En los pactos se acostumbró á distinguir espresamente una servidumbre de otra.

383. La servidumbre de *acueducto* es *el derecho de llevar agua por fundo ageno.* Del mismo modo puede constituirse la de *sacar agua* de fuente agena (pero no de algibe por el axioma 4.° §. 366. *l.* 1. §. 4. *D. de font.*), la de *llevar ganado á beber* ó á pastar á *abrevaderos ó prados agenos*, la de *hacer cal*, *sacar arena*, *tierra* y otras semejantes, que pueden tambien ser personales si se conceden no al predio, sino á la persona, *l.* 14. §. *ult. D. de alim. leg.* El derecho romano omite tratar de otras muchas servidumbres de predios rústicos, que pueden fingirse y constituirse segun la diversa naturaleza de las cosas rústicas.

384. Pueden tambien constituirse y fingirse otras muchas servidumbres de predios rústicos, de que no hace mencion el derecho romano.

385. Como las cosas comunmente acaban del mismo modo que se constituyen, *l.* 35. *D. de reg. jur.*, se sigue que la servidumbre se acaba 1.° por *consolidacion*, *l.* 1. *D. quemadm. servit. amitt. l.* 8. §. 1. *D. e. t.*: 2.° por *remision*, *l.* 14. §. 1. *D. de servit.*; pues así como se constituye por medio de pactos y estipulaciones, así se acaba por medio de ellos. Basta la remision tácita, la cual se supone cuando se permite hacer alguna cosa que impida el uso de la servidumbre, *l.* 8. *pr. D. quemadm. servit. amitt.*: 3.° por el *no uso* de diez años entre presentes, y veinte entre ausentes (1), *l.* 18. §. 1. D. *quemadm. servit. amitt.*, pues la prescripcion se adquiere por igual tiempo: 4.° por *la destruccion de cualquiera de los dos predios*, *l.* 14. *D. lug. cit.*, pues sin ellos no hay derecho de predio; pero si á éste se vuelve á dar su primera forma, revive la servidumbre, *l.* 20. § 2. *D. de servit. præd. urb.*

(1) En las servidumbres de los predios rústicos el no uso estingue el derecho del dueño del predio dominante; pero no basta en las servidum-

bres de los predios urbanos, á no ser que el dueño del predio sirviente haya usucapido tambien la libertad, *l.* 6. 7. *D. de servit. præd. urb.*, esto es, haya egercido continuamente un hecho contrario á la servidumbre constituida, como tapando los agugeros en que se introdujeron maderos ú otros materiales, y permaneciendo cerrados por el tiempo legítimo, *l.* 6. *D. de servit. præd. urb.*

TÍTULO IV.

Usufructo.

386. Servidumbres *personales* son aquellas en *que el predio sirve á la persona.* La primera de éstas es el usufructo.

387. *Usar* y *gozar* se diferencian en que el *uso* se circunscribe á satisfacer las necesidades; mas el *goze* no solamente se estiende á la utilidad, sino tambien á los placeres. *Senec. de la vida bienaventurada cap.* 10. El *uso* y el *abuso* se diferencian en que *usamos* dejando salva la substancia de la cosa, y *abusamos*, destruyendo ésta y los frutos.

388. Paulo define al usufructo: *derecho de usar y gozar de las cosas agenas salva su substancia*, *l.* 1. *D. de usufr.* Dícese *derecho* respecto del usufructuario, y *servidumbre* respecto del propietario. Es derecho en las *cosas agenas*, porque aquí no se trata de usar y gozar de las propias, cuyo usufructo se llama *causal*, *l.* 21. §. 3. *D. de except. rei judic.* Se debe usar y gozar *salva la substancia de las cosas*, porque de otra suerte no sería usufructo, sino abuso.

389. Del mismo sentido de la palabra se sigue que el usufructuario perciba todos los frutos civiles y naturales, ya sea para satisfacer las necesidades, ya para saciar los placeres, *l.* 7. *pr. l.* 9. *pr.* §. 7. *l.* 10. *l.* 2. §. 1. *l.* 29. *l.* 59. §. 1. *D. e. t.*; pero esto solamente se entiende respecto de los frutos ordinarios, por cuya razon no le corresponde un tesoro, *l.* 7. §. 12. *D. solut. matrimon.*, ni el parto de una esclava, *l.* 68. *pr. usufr. l.* 28. §. 1. *D. de usur.*, pues parece degradante que el hombre se numere entre los frutos, cuando la naturaleza los ha producido

todos para él (1), §. 37. *Inst. de rer. divis.* Síguese tambien que el usufructuario puede arrendar la cosa usufructuaria lo mismo que los frutos, pero no vender á ningun estraño su derecho ó el usufructo, de manera que ceda y transfiera el derecho en la cosa, y si lo hace no vale la enagenacion, §. 3. *Inst. de usufr.*, sin que obste la ley 66. *D. de jur. dot. l.* 12. §. 2. *D. de usufr.* §. 3. *Inst. e. t.*

(1) Esta razon es enteramente estóica, pues los estóicos partieron de la hipótesis de que la naturaleza todo lo habia producido para el hombre. La verdadera razon se encuentra en la *l.* 27. *pr. D. de hæred. petit.*

390. Por cuanto se ha de usar y gozar salva la substancia de las cosas, se sigue que el usufructuario no puede alterarla ni aun dándola una *forma mejor*, *l.* 13. §. *penult. l.* 44. *D. e. t.* Que esté obligado á repararla, *l.* 7. §. 2. 3. *l.* 64. *D. lug. cit.* Que use y goce como buen padre de familia, §. 38. *Inst. de rer. divis.*, y que en virtud de la restitucion que ha de hacer debe prestar caucion, á no ser que el usufructo sea constituido por la ley, *l.* 1. *D. usufr. quemadm. cav. l. ult.* §. 4. *C. de bon. quæ lib.*, de cuya caucion puede relevar el heredero, pero no el testador, *l.* 7. *ad leg. Falc. l.* 1. *C. e. t.*

391. Del mismo axioma se sigue que el usufructo no puede consistir en las cosas que se consumen con el uso, y que constan de número, peso y medida, pues no se ha de abusar, sino usar y gozar. Pero en tiempo de Tiberio se mandó por un senadoconsulto que pudiera darse no el *verdadero*, sino el *cuasi usufructo* del dinero y de otras cantidades (1), con tal que el cuasi usufructuario prestase caucion de que muerto ó padeciendo capitis diminucion, restituiria otra cosa del mismo género, cantidad y cualidad, §. 2. *Inst. de usufr. l.* 7. *l.* 8. *D. de usufr. earum rerum quæ usufr.* (1).

(1) ¿Tambien el de los vestidos? El usufructo de éstos se dice verdadero en la *l.* 15. §. 4. *D. e. t.*, y cuasi usufructo en el §. 2. *Inst. e. t.* Pero una cosa y otra parece cierta, segun que el testador quiso que el legatario usase de los vestidos, ó estimados, ó no estimados.

392. Como se usa y goza de las cosas agenas, se sigue que aquel que percibe las utilidades reporte tambien las cargas, y que por lo mismo el usufructuario pague los gravámenes, y tributos anejos á la cosa, *l.* 7. §. 2. *D. de usufr.*

393. El usufructo se constituye: 1.° por la *ley*, tal es el que se da al padre en el peculio adventicio del hijo de familia (1), *l.* 6. *C. de bon. quæ lib.*, y al consorte que contrae segundas nupcias en los bienes que recibió del consorte difunto, *l.* 3. *l.* 5. y la *autent. sig. C. de sec. nupt.*: 2.° *por el juez* en los juicios divisorios, lo que debe hacerse rara vez, *l.* 6. §. 1. *D. e. t. l.* 6. 10. *D. comm. div. l.* 16. §. 1. *D. famil. ercisc.*: 3.° por el *dueño*, ya sea por última voluntad, ya por pactos y estipulaciones, é interviniendo cuasi tradicion, *l.* 11. *D. de servit. præd. rust.*, y ya por tácita voluntad, la cual se presume en virtud de la prescripcion de un tiempo largo, *l. ult. al fin. C. de long. temp. præscript.*

(1) El padre tiene tambien en los bienes del emancipado la mitad del usufructo, como premio de la emancipacion, *l.* 6. §. 3. *C. de bon. quæ lib.* §. 3. *Inst. per quas pers.*

394. Sirviendo en el usufructo el predio á la persona, es claro que este derecho se estingue por la muerte natural del usufructuario, §. 3. *Inst. e. t.*, ó por el transcurso de cien años si se concede á alguna ciudad, *l.* 56. *D. e. t.* Como la capitis diminucion máxima y media se comparan á la muerte, el usufructo tambien se acaba por ellas (1), §. 3. *Inst. de usufr. l.* 16. *pr.* §. 1. *sig. C. de usufr.*

(1) Antiguamente aun por la mínima, como dice *Paulo*, *Sent. rec. lib.* 3. *tit.* 6.; pero Justiniano abolió esto, *l. penult. C. e. t. Conf.* §. 1. *Inst. de adquis. per adrog.* Se juzga que si la ciudad ha sido arada tambien padece capitis diminucion, *l.* 21. *D. quib. mod. ususfr. amitt.*

395. Como el usufructo es un derecho en cosa agena, se sigue que tambien se acaba por la consolidacion, pues nadie puede usar y gozar de cosa propia por la total des-

truccion de la cosa, en cuyo caso no queda ni aun en la area, *l.* 36. *pr. D.* §. 3. *Inst. e. t. l.* 30. *l.* 31. *D. quib. mod. usufr. amitt.*, y tambien por el no uso de diez años entre presentes, y veinte entre ausentes, *l. penult.* §. 1. *C. de usufr. l.* 13. *C. de servit.*

396. Finalmente, como el usufructo se constituye muchas veces por pactos y estipulaciones, se sigue que se estingue acabado el derecho del que lo constituye, *l.* 16. *y* 19. *D. quib. mod. usufr. amitt.*, y por haber transcurrido el tiempo prefijado en la convencion, *l.* 5. *C. de usufr. l.* 15. *D. quib. mod. ususfr. amitt.*

TÍTULO V.

Uso y habitacion.

397. El *uso* es otra especie de servidumbre personal, y se define: *derecho de usar de las cosas agenas para satisfacer solamente las necesidades, conservando las mismas cosas*, §. 1. *Inst. e. t.*

398. Nace pues de aquí: 1.° que el uso contiene menos derechos que el usufructo, §. 1. *Inst. e. t.*: 2.° que el uso está circunscripto á solo las necesidades diarias, *l.* 2. *pr. D. e. t.*

399. Infiérese de estos axiomas: 1.° que el que tiene el uso del fundo puede usar segun sus necesidades de las hortalizas, frutas, flores, heno, paja y maderas; pero no coger los demas frutos, §. 1. *Inst. e. t. l.* 10. §. 4. *l* 11. *siguient. D. e. t.*: 2.° que el usuario de una casa puede habitarla segun sus necesidades, pero no le es permitido alquilarla, ni aun casi alojar huéspedes en ella, §. 2. *Inst. l.* 2. §. 1. *l.* 3. *siguient. D. e. t.*: 3.° que el usuario de los ganados puede tomar la leche, lana y estiercol que necesitare, pero no el feto, §. 37. *Inst. de rer. divis. l.* 12. §. 2. 3. *D.* §. 4. *Inst. e. t.*: 4.° que el usuario ordinariamente no puede alquilar ni regalar á otros su derecho, §. 1. *Inst. l.* 12. §. 4. *l. penult. pr. D. e. t.*

400. La tercera especie de servidumbre personal es la *habitacion*, y se define: *derecho de habitar las casas agenas con la obligacion de conservarlas. Habitar* es usar y gozar de las piezas de las casas destinadas á la habitacion.

401. Por tanto, el que tiene el derecho de habitar no usa de las casas como el usuario, esto es, segun sus necesidades, sino que percibe todo el fruto de las piezas destinadas á la habitacion, *l.* 13. *C. de usufr.* Que puede alquilar las casas para que se habiten, §. 5. *Inst. e. t. l.* 13. *C. de usufr.*; y así percibe el usufructo de la parte de las casas destinadas á la habitacion, pero no de las bodegas, huertas, tabernas, &c.

402. El derecho de habitacion se acaba de los mismos modos que el usufructo y el uso, escepto por la capitis diminucion y por el no uso Es muy sutil la razon de diferencia que da Modestino en la *l.* 10. *D. capit. minut.*, pues se funda en que la habitacion *consiste mas bien en hecho que en derecho.*

403. La cuarta especie de servidumbre personal son *las obras de los siervos*, *las cuales son el derecho de percibir toda la utilidad de las obras de un siervo ageno*, *l.* 3. *D. de oper. serv.*

404. Por esta razon hay menos derechos en la servidumbre de obras que en el usufructo del siervo, pues el usufructuario no solamente toma lo que el siervo adquiere con su trabajo, sino tambien por medio de sus bienes, esto es, del usufructuario; mas aquel á quien se legan las obras no adquiere del siervo otra cosa que dichas obras, §. 4. *Inst. per quas pers. cuique adquir.* En la servidumbre de las obras hay mas derechos que en el uso, pues aquélla ni se circunscribe á las meras necesidades, ni hay prohibicion de alquilarlas, *l.* 2. *D. de usu legat.*

TÍTULO VI.

Usucapiones y prescripciones de largo tiempo.

405. Los modos civiles de adquirir son ó *universales*, por los cuales *se nos transfiere el derecho universal de otro*, ó *singulares*, por los cuales *adquirimos el dominio de una cosa singular*, §. *ult. Inst. per quas pers. cuique adquir.*

406. Los *universales* son seis (1): 1.° la *adquisicion de la herencia*: 2.° la *posesion de bienes*: 3.° la adquisicion por *arrogacion*: 4.° la *entrega de los bienes para conservar las libertades*: 5.° la adquisicion por medio de la *seccion de bienes*; y 6.° por el *senadoconsulto Claudiano.* Del primer modo se tratará desde el *tit.* 10. de este *libro* hasta el *tit.* 19. y principio del tercer *libro*, y del 2.° 3.° 4.° 5.° y 6.° en los *tit.* 10. 11. 12. y 13. del *libro* 3.

(1) Hubo tambien otros muchos, como la *sucesion del fisco en los bienes de los condenados*, y en los bienes vacantes, *l.* 1. *D. de jur. fisc. La entrada en monasterio*, *Nov.* 5. *cap.* 4. *El pasar la muger á la potestad del marido*, *Cic. Topic. cap.* 4.

407. Los singulares son cuatro: 1.° *usucapion*: 2.° *donacion*: 3.° *legado*: 4.° *fideicomiso singular.*

408. *Usucapion* es *agregacion* (ó como dice *Ulp. fragm. tit.* 19. §. 8. é *Isid. orig.* 5. 25. *adquisicion*) *de dominio por continuacion de posesion por el tiempo definido por la ley*, *l.* 3. *D. e. t.* Mas la *prescripcion* de largo tiempo era una *escepcion por la cual aquel que poseía la cosa por largo tiempo, se defendia contra el dueño de ella.* Por tanto la usucapion y la prescripcion se diferenciaron antiguamente. Ésta no producia dominio quiritario y civil, sino escepcion y dominio bonitario, y por lo mismo tambien tenia lugar en las cosas incorporales y predios provinciales, pues parece que los emperadores la establecieron para suplir la usucapion, §. 2.

Instit. e. t. Aquélla requeria un año en las cosas muebles, y dos en las inmuebles; mas ésta diez entre presentes, y veinte entre ausentes. Pero habiendo abolido Justiniano aquella diferencia, identificó la usucapion y la prescripcion de largo tiempo, *l. unic. C. de usucap. transform.*, reservando para ciertos casos la prescripcion de larguísimo tiempo.

409. Siendo la usucapion adquisicion de dominio, es menester que se funde en alguna base. Ésta es la presuncion de que como el dueño no ha vindicado la cosa en tanto tiempo, se supone que ha querido renunciar para siempre á su dominio, cediéndola al poseedor, *Groc. derecho de guerra y paz lib 2 cap. 4. §. 318. y sig.*

410. Síguese del mismo principio que pueden usucapirse las cosas que pueden adquirirse; mas no las exentas del comercio de los hombres, *l. 9. D. e. t.*, ni las viciosamente poseidas, §. *2. y 5. Instit. lug. cit.*, ni otras varias cuya usucapion está prohibida por ley especial, como las cosas dominicas, las del fisco, de las Iglesias, de los pupilos y menores, y otras cualesquiera cuya enagenacion se ha prohibido por ley ó por testamento, *tit. C. ne rei domin. l. 23. C. de SS. eccles. l. 3. C. quib. non obst. long. temp. præscrip. l. 12. y 24. D. e. t.* Que la usucapion solamente tiene lugar en las cosas corporales (1), *l. 14. pr. D. de servit. l. 43.* §. *1. D. de adquir. rer. dom.*, porque las incorporales ni estan en el dominio, ni propiamente pueden poseerse, *l. 3. pr. D. de adq. poss.*; pero como se cuasi poseen, y se cuentan entre los bienes, se sigue que pueden *cuasi usucapirse ó prescribirse*, *l. ult. C. de long. temp. præscript.*

(1) De aquí nace la ley Scribonia, pues habiendo los antiguos intérpretes del derecho introducido la usucapion de las servidumbres contra los principios del derecho civil, *Cic. pro Cæcin. cap.* 26., la ley Scribonia prohibió poco despues la usucapion de ellas, *l. 4. §. ult. D. de usucap.* Mas el pretor favoreció despues á los que poseían por largo tiempo las servidumbres, sin hacer fuerza, sin ocultarse, ni por precario, *l.* 10. *D. si servit. vind.* Finalmente, Justiniano admitió la prescripcion de ellas, *l. ult. C. de long. temp. præscrip.*, de lo que tambien aparece que aquí no se requiere ni la buena fé, ni el justo título, ni el conocimiento del dueño de la cosa que se prescribe.

411. Como la usucapion era un modo civil de adquirir, se siguió que solamente se verificase entre los ciudadanos romanos. Los peregrinos nunca usucapian en razon de que una ley de las doce tablas dió al dueño de la cosa la facultad de vindicarla en cualquier tiempo; pero esto se abolió despues que se concedió la ciudadanía á todos los ingenuos que habitaban en Roma. Siguióse tambien que produjese dominio quiritario, *Ulpian. Fragm. tit.* 19. §. 7., y que por lo mismo solamente tuviese lugar en todas las cosas muebles, *l. un. C. de usucap. transform.*; pero no en las inmuebles, á no ser que estuviesen situadas en Italia. Mas esto tambien se alteró despues que fue abolida por Justiniano la diferencia entre cosas *mancipi* y *no mancipi*, y entre el dominio quiritario y bonitario, *l. unic. C. de nud. jur. Quir. toll.*

412. Los requisitos de la usucapion y prescripcion de largo tiempo aparecen de la misma definicion. Sin ellos no puede usucapirse; y son los siguientes: 1.° *buena fé*, la cual consiste en *la opinion en que está el poseedor de que es dueño de la cosa*, *pr. Inst. e. t. l. 109. D. de verb. sign.* Por derecho romano basta tener buena fé al principio (1), pues la mala sobreviniente no perjudica al poseedor, *l. 48. §. 1. D. de adquir. rer. dom. l. un. C. de usucap. transform.*; mas por derecho canónico se exige la buena fé continua, *cap. x. fin. præscript.*

(1) No sucede así en la percepcion de frutos, en la cual es menester que la buena fé nunca sea interrumpida, *l. 23. §. 1. D. de adquir. rer. dom.*

2.° *Justo título ó causa hábil para transferir dominio*, §. 5. *Inst. per quas pers. cuique adquir. l. 24. C. de rei vind.* De aquí es que no basta la opinion errónea de justo título (1), *l. 27. D. e. t.* §. 6. *Inst. e. t.*, á no ser que el error sea justo, *l. 11. l. 14. D. pro empt.*, ni el contrato simulado ó fingido, *l. 1. C. plus val. quod agit.*, ni el título revocable, como la donacion *mortis causa* (*por temor de la muerte*), *l. 13. pr. D. de mort. causs. donat.*

(1) No transfiriéndose el dominio sin justo título, aun cuando la cosa sea entregada por el dueño, es claro que mucho menos lo adquirirá aquel que sin ningun justo título anterior recibe la cosa del que no es dueño, *l.* 31. *D. de adquir. rer. dom.*

3.° *Capacidad en la cosa.* De aquí se sigue que no pueden usucapirse las cosas prohibidas de enagenar, ni las hurtadas ó poseidas por fuerza, á causa del vicio que les es inherente, y que acompaña los poseedores, á menos que éste se purgue volviendo las cosas á su antiguo dueño, §. 3. *Inst. e. t. l.* 84. *D. de furt. l.* 4. §. 6. *y* 12. *sig. D. e. t. l.* 6. *C. pro empt.*

4.° *Tiempo definido por la ley*, el cual fue antiguamente un año en las cosas muebles, y dos en las inmuebles, *pr. Inst. e. t. Ulp. Fragm. t.* 19. §. 8.; mas por derecho nuevo se requieren tres años en las muebles, y diez entre presentes, y veinte entre ausentes (1) en las inmuebles, *l. unic. C. de usucap. transf. pr. Inst. e. t.*

(1) Si el dueño de la cosa que se ha de prescribir está presente parte del tiempo, y parte ausente, los años de la ausencia se duplican, aun cuando el poseedor tenga buena fé y justo título, ó lo que es lo mismo, á los diez años en que se habria de prescribir la cosa entre presentes, se añadirán tantos, cuantos estuvo ausente el dueño de ella en el espacio de dichos diez años, *Nov.* 119. *cap.* 8.

5.° *Posesion continua*, y no solamente la *natural*, sino tambien la *civil*, esto es, con intencion de adquirir el dominio de la cosa, *l.* 25. *D. de usucapion.* El sucesor continúa en la posesion de su causante: si es sucesor universal, y el difunto empezó á poseer la cosa con buena fé, nada importa que él la tenga buena ó mala, §. 7. *Inst. e. t.*; mas si es sucesor singular, solamente usucape en el caso que tanto él como su causante (1) tengan buena fé, *l.* 13. §. *ult. D. de adquir. possess.*

(1) Si el sucesor singular tuviere buena fé, no le perjudica la mala fé del causante, pues la usucapion empieza en su persona, *l.* 5. *D. de divers. et temp. præscr. l.* 1. *C. de præscr. long. temp.* Pero la mala fé del difunto siempre daña al sucesor universal; de suerte que la prescripcion no puede empezar en su persona, *l.* 11. *C. de adquir. possess.*, porque el heredero sucede en todos los derechos del difunto, y por consiguiente tambien en sus vicios, *l.* 11. *D. de divers. et temp. præscript.*

413. De aquí se infiere que si la usucapion se interrumpe ó natural ó civilmente (lo que llama el derecho *usurpacion*, *l* 2. *D. e. t.*), el solo transcurso del tiempo no aprovecha, *l.* 2. *C. de long. temp. præscript.* La *usurpacion natural* se hace lanzando á alguno de la posesion, *l.* 5. *D. e. t. l.* 15. *D. de adquir. vel amitt. possess.* La *civil* por medio de un acto judicial, y hoy por citacion del contrario, ó por presentacion de libelo (1), *l. penult. y ult. C. de ann. except.*

(1) Pero si se hubiere seguido sentencia absolutoria, la posesion se continúa aun pendiente el pleito, y sirve para completar la usucapion, *l.* 2. *D. pro dom. l.* 1. *l.* 9. *C. de præscr. long. temp.* Es singular el privilegio del fisco y de las cosas domínicas, pues el que compra del fisco goza desde el momento de seguridad, y el fisco mismo no puede ser reconvenido despues de cuatro años, *l.* 2. *y ult. C. de quadrien. præscript.* §. *ult. Inst. e. t.*

414. Hasta aquí se ha tratado de la usucapion, la que Justiniano equiparó á la prescripcion de largo tiempo. Ésta se diferencia de la prescripcion de *larguísimo tiempo* y de la *inmemorial*, las cuales se admiten en subsidio cuando no tiene lugar la usucapion ó prescripcion ordinaria.

415. La prescripcion de *larguísimo tiempo* es de treinta, de cuarenta, y de cien años.

416. Por *treinta años* se prescriben las acciones personales, *l.* 3. *C. de præscr.* 30. *vel* 40. *annor.*; las cosas que el antecesor no pudo prescribir por vicio de la cosa, por mala fé, ó por falta de justo título, como son las viciosas poseidas de buena fé, *l.* 8. §. 1. *C. lug. cit.*; los bienes de los menores, *l.* 3. *C. quib. long. temp. præscr. non obst.*; los adventicios de los hijos de familia, *Nov.* 122. *cap.* 24.; las cosas enagenadas por un poseedor de mala fé, con tal que el actual poseedor la tenga buena, *Nov.* 131. *cap.* 6.

417. Se prescriben por *cuarenta años* las cosas fiscales, *l.* 4. *C. de præscr.* 30. *vel* 40. *annor.*; las patrimoniales del

príncipe, *l. fin. C. de fund. patrim.*; los bienes inmuebles de las Iglesias, *l.* 24. *C. de SS. eccles. Nov.* 111. *cap.* 1. *Nov.* 131. *cap.* 6., y por interpretacion de los doctores las cosas inmuebles de las ciudades, las cuales dicen ellos que gozan del mismo derecho que las Iglesias; y finalmente el derecho de hipoteca, si el mismo deudor posee la cosa gravada, *l.* 7. §. 1. *C. de præscr.* 30. *vel* 40. *annor. l.* 1. §. 1. *C. de ann. except.*

418. Se prescriben por *cien años* las cosas de la Iglesia romana, la cual es la única que goza de este privilegio de cien años, *Auth. Quas Actiones C. de SS. eccles.*

419. Llámase *prescripcion inmemorial* aquella de que no existe memoria en contrario, *l.* 2. §. 1. 7. *D. l.* 23. §. 2. *D. de aqua et aqu. pluv. arc.* Por ella se adquieren las regalías, las inmunidades de tributos, y otras cosas semejantes, bien que esto raras veces tiene lugar contra el príncipe, *l.* 6. *C. de præscr.* 30. *vel* 40. *annor.*, y nunca en las cosas inherentes á la soberanía, *cap.* 33. *X. de jurejur.*

TÍTULO VII.

Donaciones.

420. La donacion no es hoy un modo, sino un título de adquirir dominio; y mas bien fue introducida por el derecho de gentes que por el civil, á no ser que se refiera á las donaciones que se hacen por temor de la muerte y por nupcias, *Huber. prælec. á la Inst. e. t.* §. 1. Pero seguiremos el órden de Justiniano, quien parece que imitó á Cayo (1).

(1) En tiempo de Cayo la donacion se consideró absolutamente como modo de adquirir dominio, porque no se entendia hecha sin tradicion, y segun la ley Cincia debia mediar *æs* et *libram* (moneda y balanza), lo que se varió poco á poco por las constituciones.

421. La donacion se define: *liberalidad egercida hácia alguna persona, no habiendo obligacion de hacerla.* Es ó *mortis causa* (*por temor de la muerte*), ó *inter vivos* (*entre vivos*), *pr. Inst. e. t.*

422. Donacion *entre vivos* es *la que se hace sin consideracion á la muerte.* Donacion *mortis causa* es *la que se hace por temor de la muerte*, ya sea que amenace peligro, ya sea que el donante piense en su muerte, *l.* 2. *sig. D. de donat. mort. caus.* Aquélla es un *pacto*; ésta fluctúa en cierto modo entre los *pactos* y *las últimas voluntades.*

423. Infiérese de aquí que una y otra donacion puede hacerse por el dueño; pero la *entre vivos* por el que tiene la libre administracion de sus bienes, §. 40. *Inst. de rer. divis. l.* 21. *C. mand.*; y la *mortis causa* por el que puede testar, *l.* 15. *D. de mort. caus. don.*, y aun por el hijo de familia, si el padre se lo permite, *l.* 25. §. 1. *D. lug. cit.*

424. Por tanto, puede donarse entre vivos á todos los que aceptan la donacion, *Cic. topic. cap.* 8., con tal que no obste la unidad de persona. De aquí resulta que no vale la donacion entre padres é hijos, *l.* 1. §. 1. *D. pro donat.*, ni tampoco entre los consortes (1), *tit. D. de donat. inter vir. et uxor.* Mas la donacion *mortis causa* puede hacerse á todos aquellos á quienes puede legarse, *l.* 35. *pr. D. de mort. caus. don.* §. 24. *Inst. tit. de legat.*

(1) La razon de esto se ha de buscar en el derecho antiguo, segun el cual las mugeres se consideraron respecto del marido como herederas suyas é hijas de familia; y así como entre éstos y el padre no podia haber donacion, así tampoco entre el marido y la muger. Pero despues que se abolieron los enormes derechos que aquél tenia sobre ésta, y que sin embargo las donaciones entre los consortes quedaron prohibidas por la oracion de Antonino Caracalla, *l. pr.* 3. *D. de donat. int. vir. et uxor.*, los jurisconsultos empezaron á inventar otras razones, á saber, para que no se despojasen mútuamente los consortes con el amor recíproco; para que se esmerasen mas en la educacion de sus hijos; para que los matrimonios no fuesen el objeto de especulacion, y otras semejantes, *l.* 1. *l.* 2. *D. de donat. inter vir. et uxor.*

425. Pueden tambien donarse así *entre vivos* como *mortis causa* las cosas que estan en el comercio aunque sean incorporales, *l.* 9. *pr. l.* 27. *l.* 28. *D. e. t.*; las agenas con

tal que puedan usucapirse, *l.* 9. §. *ult.* *l.* 18. §. *ult.* D. *pro donat.* §. 4. *Inst. de legat.* *l.* 13. *pr.* D. *de mort. caus. donat.*, y finalmente todos los bienes presentes y futuros, *l.* 35. §. 4. *C. e. t.*

426. Mas á pesar de esto todavía se diferencian las donaciones *entre vivos* y *mortis causa*: 1.° en que aquélla puede hacerse con el solo consentimiento; ésta no menos que delante de cinco testigos, *l. ult.* §. *fin. C. de Codicill.*: 2.° en que aquélla se debe insinuar si pasa de quinientos sueldos, *l.* 36. §. *ult. C.* §. 2. *Inst. e. t.*; ésta no necesita de insinuacion, *l. ult. C. de mort. caus. donat.*: 3.° que aquélla es irrevocable por su naturaleza; ésta es revocable, §. 1. *Inst. e. t. l.* 2. *l.* 29. *D. de mort. caus. donat.*: 4.° que aquélla transfiere dominio por medio de la tradicion, §. 40. *Inst. de rer. divis.*; ésta aun sin tradicion, *l.* 2. *D. de Public. in rem act.*, con tal que haya muerto el donante, y no se haya arrepentido de la donacion, §. 1. *Inst. e. t. l.* 16. *l.* 30. *D. de mort. caus. donat.*: 4.° que en aquélla tiene lugar el beneficio de competencia, *l.* 12. *l.* 33. *D. e. t.*; en ésta el de la cuarta Falcidia, *l.* 2. *C. de mort. caus. don.*

427. Por tanto, la cosa donada entre vivos, y aun no entregada, se pide con la accion *ex stipulatu*, si precede estipulacion, *pr. Inst. de verb. obl.*; y si pacto, con la *condicion de la ley* 35. §. 4. 5. *C. e. t.* El donatario á quien se dona *mortis causa* tiene las mismas acciones que el legatario, á saber, la vindicacion de la cosa, la accion hipotecaria, y la personal de testamento, *l.* 1. *D. comm. leg.* §. 2. *Inst. de leg.*

428. Aunque la donacion entre vivos es irrevocable por su naturaleza, se rescinde sin embargo: 1.° en cuanto es inoficiosa, *l.* 5. *l.* 7. *C. de inoff. donat.*: 2.° en cuanto escede á la suma de quinientos sueldos si no ha sido insinuada, *l.* 21. *al fin. D. de donat. l.* 34. *pr. l.* 36. §. *ult. C. de donat.*: 3.° por enorme ingratitud, §. 2. *Inst. e. t. l.* 10. *C. de revoc. donat.*, bien que como se trata de castigar un delito, la accion revocatoria solamente se concede al donante, y no á los herederos, *l.* 10. *C. de revoc. don.*: 4.° por

la superveniencia de hijos, *l.* 8. *C. de revoc. donat.*, cuya ley solamente concede al patrono el derecho de revocar la donacion (1).

(1) Aunque los doctores tambien lo estienden á otros donantes. *Argum. de la l.* 30. *C. de fideicommiss.*

429. La *donacion propter nuptias* (*por causa de nupcias*) ó *antiphernal* es una especie de donacion entre vivos, que á causa de los temores continuos del divorcio, el marido ó el esposo hacian á la muger ó á la esposa para seguridad de la dote, §. 3. *Inst. e. t.*

430. Esta donacion es casi semejante á la dote en cuanto á la cantidad y pactos, *l. ult. C. de donat. ante nupt. Nov.* 97., y no da á la muger durante el matrimonio ni dominio, ni derecho de tomar los frutos, sino solamente una hipoteca tácita en los bienes del marido, *l.* 29. *C. de jur. dot. Nov.* 61. *cap.* 1.

TÍTULO VIII.

Quiénes pueden ó no enagenar.

431. El efecto del dominio es el derecho de disponer de su cosa, y por lo mismo de enagenarla, §. 40. *Inst. de rer. divis.* Por el contrario, el no señor, como que carece de dominio, no puede transferirlo, y por consiguiente tampoco puede enagenar, *l.* 54. *D. de reg. jur.* §. 40. *Inst. de rer. divis.* Por cuanto en la definicion del dominio se agregó la limitacion: *á no ser que la ley, la convencion ó la voluntad del testador lo resistan*, y ademas del dominio hay tambien otras especies de derecho en la cosa, resulta algunas veces: 1.° que el que es dueño no pueda enagenar, y 2.° que el que no lo es pueda enagenar. De estas paradojas, segun las llama Teófilo, se tratará en este título.

1.° *Muchas veces el dueño no puede enagenar sus bienes*, como sucede al marido aunque es dueño de la dote, *pr.*

Inst. l. 9. *C. de rei vind.* Ésta consiste *en los bienes que se dan á aquél para soportar las cargas del matrimonio*, *l.* 56. §. 1. *D. l.* 20. *C. de jur. dot.*, no siéndole permitido ni aun por la *ley Julia de adulteriis* enagenar el fundo dotal itálico contra la voluntad de la muger, ni obligarlo aun consintiendo ella *Paul sent. recept. lib.* 2 *tit.* 24. Justiniano estendió esta prohibicion á toda clase de fundos, aun cuando la muger consienta en su enagenacion, ó en el gravámen de hipoteca, *l. un.* §. 15. *C. de rei uxor. act. pr. Inst. e. t.*, á no ser que aquélla sea necesaria, *l.* 1. *D de fund. dot. l. ult. C. lug. cit.*, ó sea en utilidad de la muger, *l.* 26. *l. ult. D. de jur. dot.* Esta prohibicion no se estiende á las cosas muebles, *l.* 1. *C. de serv. pign. dat. man.*, ni á las inmuebles que se dan con el carácter de dote estimada, pues el dominio de éstas pasa absolutamente al marido, *l.* 10. §. 4. *D. l.* 5. *l.* 10. *C. de jur. dot.*

432. Finalmente, el pupilo es dueño de sus bienes, y sin embargo no puede enagenarlos ni prestar dinero; y si lo prestare y aun existiere, puede vindicarlo; si se ha consumido de buena fé, puede reclamarlo con accion personal; y si de mala, puede proceder con la accion *ad exhibendum*, §. 2. *Inst. e. t.* Ademas, aunque el pupilo es dueño de sus bienes, no se le debe pagar sin que intervenga la autoridad del tutor y decreto judicial, §. *ult. Inst. e. t.*, escepto las usuras debidas dentro de dos años, y que no pasan de cien sueldos, *l.* 25. *y* 27. *C. de administr. tutor.* Por tanto, mucho menos puede pagar el pupilo; y así es que si existe el dinero pagado se vindica, y si se ha consumido se estingue la obligacion, *l.* 14. §. *ult. D. de solution.*

2.° *Hay casos en que puede enagenar el que no es dueño de los bienes*; así es que el acreedor puede vender la prenda sin ningun previo requerimiento del deudor, cuando se convino que aquél pudiera enagenarla (1), *l.* 4. *D. de pign. act.*; pero si se convino en no venderla, entonces no podrá enagenarse sin que precedan tres requerimientos, *l.* 4. *D. de pign. act. l.* 4. *C. de distr. pign.* Finalmente, si nada se convino, puede enagenarse despues de haber requerido al deudor, y pasado dos años, con tal que la venta se haga de buena fé y en subasta, *l. ult.* §. 1. *C. de jur. dom. imp.* Si la cosa no encontrare comprador á un precio regular, se hace nuevo requerimiento, ó el juez señala al deudor ausente el dia en que debe pagar; y si no lo hace, el acreedor impetra del príncipe el dominio de la prenda, dejándose salvo al deudor el derecho de rescatarla dentro de dos años, *l. ult.* §. 2. 3. *C. lug. cit.*

(1) No se debe confundir el *pacto de vender la prenda*, con el *pacto comisorio*, por el cual se conviene que no pagándose la deuda al tiempo señalado, el acreedor adquiera el dominio de la prenda. Aquel pacto es lícito, *l.* 7. §. *ult. D. de distr. pign.*; mas éste es ilícito, *l. ult. C. de pact. pign.*

433. El tutor no es dueño de los bienes del pupilo, y sin embargo los puede enagenar por urgente necesidad, por mandato del padre, ó por otra justa causa; y si son de mucho valor ó inmuebles, necesita del decreto del magistrado, pero no en las demas cosas, *l.* 1. §. 2. D. *de reb. cor. qui sub tut. vel cur. l.* 22. *C. de adm. tut. et cur.*

TÍTULO IX.

Personas por las cuales se adquiere.

434. Adquirimos no solamente por nosotros mismos, sino tambien por medio de nuestros bienes.

435. Los hijos de familia y los siervos de los romanos estaban como cosas *mancipi* bajo el dominio quiritario de los amos. De aquí fue que la *propiedad* de todo lo que adquirian los siervos fuese para sus amos, aun cuando éstos lo ignorasen ó no quisiesen (1), §. 3. *Inst. e. t*; la *posesion* para los que lo sabian y consentian, *l.* 34. §. *ult. l.* 44. §. 1. *D. de adquir. possess.*, y la *herencia* tan solo para los que los mandaban adir, §. 3. *Inst. e. t.* Si son muchos los amos, cada uno adquiere en proporcion á la parte de do-

minio que tiene en el esclavo, á menos que éste estipule especialmente para uno.

(1) Aunque á los siervos se concedia peculio, no era sino profecticio, porque el amo podia privarle de todos los bienes. Por tanto, este peculio siempre estaba en el dominio del amo, quien permitia al siervo la administracion de él segun las restricciones que quisiera prefijarle, *l.* 7. §. 1. *D. de pecul. l.* 20. *D. de jurejur.*

436. Aunque los siervos fructuarios no nos pertenecen, ni los ingenuos poseidos de buena fé son siervos, con todo, ellos adquieren para nosotros por medio de sus obras y de nuestros bienes. Lo demas lo adquieren para el propietario ó para ellos, á no ser que se presuma que se ha dejado alguna cosa en consideracion al usufructuario ó al poseedor de buena fé, §. 4. *Inst. e. t. ll.* 21. 22. 23. *D. de usufr.*

437. Del estado de los hijos (§. 128.) se sigue que todo lo que adquiere el hijo ó hija de familia lo adquiere para el padre, de cuyo derecho usaron los antiguos indistintamente. *Sext. Empir. Pyrrhon. hypot. III.* 24. *Senec. de benef. VII.* 4. *Dionys. Halic. antig. rom. lib.* 8.

438. Así como los demas derechos de los padres se fueron disminuyendo poco á poco, así tambien sucedió con el establecimiento de los peculios, respecto del derecho de adquirir por medio de los hijos.

439. *Peculio* es *el corto patrimonio que el hijo de familia ó el siervo tiene separado de los bienes del padre ó del amo, l.* 5. §. 3. *y* 4. *D. de pecul.*; y se divide en *militar* y *pagano*: aquél es *castrense* y cuasi *castrense*, éste *profecticio* y *adventicio.*

440. El peculio *castrense* (que parece tuvo un origen comun con el testamento militar, *l.* 1. *pr. D. de test. mil.*), se estiende *á todo lo que el hijo de familia adquiere por medio de la milicia sagrada*, esto es, por razon de la guerra, *l.* 11. *D. de castr. pecul.* Pertenece á este peculio lo que dona el padre al hijo que se alista en la milicia; la herencia dejada por un conmiliton, aunque sea un hermano que sirve en los mismos reales; finalmente el botin de los ene-

migos, ó lo que se compra con el dinero castrense (1), *l.* 4. *pr. D. l.* 4. *C. lug. cit.*

(1) Esto es, porque el peculio es una universalidad, *l.* 20. §. 10. *D. de hær. petit.*; y en la universalidad la cosa sucede en lugar del precio.

441. El *cuasi castrense*, inventado á imitacion del primero (1), es *el que el hijo de familia adquiere por la milicia togada*, *l.* 14. *C. de advoc. divers. judicior. l.* 6. *D. de rei jud. l. fin. C. de inoff. test.*, al cual se refieren los gastos hechos por el padre en los estudios del hijo, lo que se adquiere por la abogacía, ó por el egercicio de otras artes liberales, *l. ult. C. de inoff. test.*, y tambien las donaciones hechas por el príncipe ó la reina, *l.* 7. *C. de bon. quæ lib.*

(1) Y con bastante fundamento se dice que fue mucho antes de Justiniano, segun lo infiere *Ant. Schulting. Jurisprud. antejust. de la l.* 52. §. 8. *D. pro soc.*

442. Peculio *profecticio* es *el que adquiere el hijo de los bienes del padre, ó por causa y contemplacion de éste*, §. 1. *Inst. e. t.*

443. *Adventicio* es *el que adquiere el hijo por otro título, como por liberalidad de la madre ó de otras personas, por su propia industria, ó por una suerte favorable,* §. 1. *Inst. e. t.*

444. El peculio *castrense* y *cuasi castrense*, pertenece al hijo de pleno derecho, *pr. Inst. quib. non est perm. fac. test. l.* 6. *C. de bon. quæ lib.*, y por lo mismo se considera en él como padre de familia, *l.* 2. *D. de SC. Maced.*, dispone libremente de él así entre vivos, como *mortis causa*, *l.* 3. *C. de castr. pecul.*, y aun lo transmite á los herederos abintestato (1), *pr. Inst. quib. non est perm. fac. test.*

(1) No así antiguamente, pues el padre ocupaba por derecho de peculio los bienes castrenses del hijo muerto, *l.* 2. *D. de castr. pecul.*

445. El *profecticio* es del padre de pleno derecho (1), §. 1. *Inst. e. t.*, y por tanto solo se concede al hijo su administracion; pero tambien goza de él y lo retiene cuando los bienes del padre se sacan á subasta, *l.* 3. §. 4. *D.*

de min., ó cuando éste no se lo quita despues de haberlo emancipado, *l.* 31. §. 2. *D. de donat.*

(1) La razon de esto consiste en la unidad de persona, pues reputándose el padre y el hijo como una sola, se sigue que aquél no puede donar á éste; y por lo mismo todo lo que del padre pasa al hijo, queda en poder de aquél, §. 1. *Inst. e. t.*

446. Finalmente, la propiedad del peculio *adventicio* es ordinariamente del hijo; mas el usufructo y la administracion es del padre mientras vive, §. 1. *Inst. e. t. l.* 6. *l. ult.* §. 5. *C. de bon. quæ lib.*

447. Se dice *ordinariamente*, porque la propiedad y usufructo del peculio adventicio son del hijo en los casos siguientes: 1.° si el hijo ade la herencia contra la voluntad del padre, *l. ult.* §. 1. *C. de bon. quæ lib.*: 2.° si al hijo se dona ó deja alguna cosa bajo la condicion de que el padre no tenga el usufructo, *Nov.* 117. *cap.* 1.: 3.° si el hijo sucede juntamente con el padre al hermano de padre y madre, *Nov.* 128. *cap.* 2.: 4.° si el padre se maneja dolosamente en los bienes que ha de restituir al hijo, *l.* 50. *D. ad SC. Trebell.* Este peculio se llama por los doctores adventicio *irregular*, *estraordinario*, *pleno*, y el otro de que se ha hablado en el párrafo anterior *regular*, *ordinario*, *menos pleno.*

448. Como solamente podemos adquirir por medio de los hijos de familia y de nuestros siervos, respecto de las demas personas, se establece el axioma *que uno no puede adquirir por otro.* Mas nombrando un apoderado podemos adquirir no solamente dominio, sino tambien posesion. §. 5. *Inst. e. t.*

TÍTULO X.

Modo de hacer los testamentos.

449. Reservando Justiniano para el fin de este libro los demas modos singulares de adquirir, á saber, los legados y fideicomisos, pasa á tratar de los civiles universales, entre los cuales ocupa la *herencia* el primer lugar.

450. La *herencia* se adquiere ó *por testamento*, ó *abintestato*, §. 6. *Inst. per quas pers. cuiq. adquir.*; ésta escluye á aquélla, *l.* 39. *D. de adquir. hæred.*

451. Siendo la sucesion testamentaria la principal, y no admitiéndose el heredero abintestato mientras puede tener lugar el testamentario, es menester considerar la causa de esto desde su origen, máxime cuando la voluntad de un individuo no puede alterar el derecho público, *l.* 38. *D. de pact. l. ult. D. de suis et legit. hær.*

452. Siendo legítima toda sucesion por derecho romano, no pudo variarse sino por una nueva ley; y como nada es tan natural como el que una cosa se deshaga por los mismos modos que se formó, *l.* 35. *D. de reg. jur.*, así las leyes de la sucesion abintestato se revocaban por una nueva ley, proponiéndose al pueblo en los comicios calados si queria y mandaba que Lucio Ticio fuese por derecho y por ley heredero de Lucio Valerio, lo mismo que si fuera su hijo ó su próximo heredero, *Aul. Gell. Noct. Att. lib.* 15. *cap.* 27. Estos son los testamentos hechos en los comicios calados, de los cuales se habla en el §. 1. *Inst. e. t.* De aquí se sancionó despues el principio *que la testamentifaccion es de derecho público*, *l.* 3. *D. qui test. fac. poss.*

453. Mandóse despues por las leyes de las doce tablas *que como quiera que el padre de familia dispusiese de su familia, de sus bienes, ó de la tutela de su cosa, así se tuviese por una ley.* Mas no pudiendo la voluntad de un individuo revocar las leyes de la sucesion, fingieron los jurisconsultos, que componian las acciones de la ley, que la herencia se enagenaba entre vivos, *Bynkershoek*, *Obs. lib.* 2. *cap.* 2.

454. Siendo la herencia cosa mancipi, y transfiriéndose ésta por medio de la mancipacion, se mandó que los testamentos se hiciesen *per æs et libram.* De aquí fue que se constituía *comprador de la familia* aquel á quien el testador vendia la familia ó la herencia delante de *cinco testigos* ciudadanos romanos, delante del *antestatus* (1), y del

tenedor de la balanza (*libripens*), *Gell. lib.* 15. *cap.* 26., añadiendo la nuncupacion solemne: *estas cosas así como están escritas en estas tablas ó ceras, así las doy, lego, testo; y así vosotros, oh quirites, prestad vuestro testimonio*, *Ulp. Fragm. tit.* 20. §. 9.

(1) *Antestatus* era el que tocaba en la ternilla de la oreja á los testigos presentes, recomendándoles que se acordasen del acto que se celebraba. *Nota del traductor.*

455. Finalmente, así como el pretor alteraba muchas veces el derecho civil so pretesto de equidad, así tambien daba la posesion de los bienes segun las tablas cuando las signaban siete testigos (1), §. 2. *Inst. e. t.*

(1) Los cinco testigos se ponian siguiendo la costumbre recibida en las mancipaciones; y los otros dos representaban al *antestatus* y al tenedor de la balanza. Este testamento fue anterior á los tiempos de Ciceron, como se manifiesta de su primera oracion contra Verres, *cap.* 45.

456. Finalmente, por el uso y las constituciones de los príncipes se introdujo un nuevo modo de testar, que casi se funda en los antiguos principios; y así es que el *testamento* formado del rito antiguo, del edicto del pretor, y de las constituciones de los príncipes (1), ya no es otra cosa que la *justa sentencia de nuestra voluntad sobre aquello que uno quiere que se haga despues de su muerte*, *l.* 1. *D. qui testament. fac. poss.*

(1) Y sin duda, en los tiempos de Teodosio el jóven, *I. ac. Gothofr. en la l.* 1. *C. Teod. de test. et Codic. tom.*

457. Siendo el testamento la sentencia de nuestra voluntad sobre lo que uno quiere que se haga despues de su muerte, ó como dice Justiniano, la *testacion de la mente*, *pr. Inst. e. t.*, siguiendo la alusion estóica en lugar de la etimologia, se sigue: 1.° que uno puede testar ó por escrito, ó por nuncupacion. De aquí nace la diferencia de testamento *escrito* y *nuncupativo*: 2.° que debe testar de la universalidad de los bienes, y que por lo mismo no puede morir parte testado y parte intestado, *l.* 7. *D. de reg. jur.* §. 5. *Inst. de hær. Inst.*, ni con dos ó mas testamentos, *l.* 19. *D. de test. mil.*, pudiendo siempre que quiera mudar su voluntad, y revocar el testamento anterior por otro posterior, *l.* 4. *D. de adim. leg.*: 3.° que debe estar en su entero juicio al tiempo de hacer el testamento, *l.* 2. *D. l.* 3. *C. qui test. fac. poss.*

458. Siendo *justa*, esto es, sentencia solemne de nuestra voluntad, se sigue que se deben observar todas las solemnidades, y que no puede omitirse ninguna sin peligro de nulidad, *l.* 17. *l.* 23. *C. de fideicomm.*

459. Las solemnidades son ó *internas*, ó *esternas*. Interna es la legítima institucion de heredero idóneo, §. 34. *Inst. de leg. l.* 1. §. 3. *D. de hæred. inst.* Ésta se hacia por palabras directas ó imperativas (1), v. gr. *Ticio sea heredero*; pues las precativas ú oblicuas no se admitian, *Ulp. Fragm. tit.* 21. §. 1. Mas hoy bastan cualesquiera, *l.* 15. *C. de testam.*

(1) Por lo que los testamentos eran antiguamente unas leyes que se hacian en los comicios calados, los cuales conservaron aun en los tiempos posteriores el carácter de tales, y no se hicieron sino por palabras imperativas, *Cuyac. Obs. lib.* 11. *cap.* 35. Así es que en varios autores el testamento se llama *ley*: testar, *hacer ley*: legar, *dejar á manera de ley*; esto es, *dejar imperativamente en el testamento.*

460. Las solemnidades *esternas* son: 1.° que el testamento se haga *uno contextu* (1), esto es, que el acto de testar sea continuo y no interrumpido, *l.* 28. *C. de test.* y que no se mezcle ningun negocio ageno del testamento, por egemplo, un contrato, *l.* 20. *D. de verb. sign.*

(1) Porque los testamentos se hacian antiguamente en los comicios calados, y cuando éstos eran interrumpidos, se anulaba todo lo celebrado en ellos. Igual costumbre se observó en los testamentos.

461. 2.° Que haya *siete testigos* especialmente rogados (1), *l.* 21. §. *penult. D. qui test. fac. poss.*; que vean al testador, *l.* 9. *C. de testam.*, y que tengan testamentifac-

cion (2), §. 6. *Inst. de testam.* De aquí es que no pueden ser testigos en el testamento la muger, *dicho* §. 6. *Gell. lib.* 5. *cap.* 19, el impuber, el siervo, *l.* 20. §. 6. 7. *D. qui test. fac.*, el furioso, el mudo, el sordo, el ciego, el pródigo, el improbo é intestable, esto es, el condenado por pasquines ó libelos infamantes, *l.* 21. *D. de test. l.* 18. §. 1. *D. qui test. fac. poss.* §. 6. *Inst. e. t.* Tampoco pueden ser testigos los herederos, ni los que estan bajo el poder del testador ó del heredero, §. 9. *y* 10. *Inst. e. t. l.* 20. *pr. y* §. 1. *D. qui test. fac. poss.* El enlace entre los mismos testigos no perjudica, §. 8. *Inst. e. t. l.* 17. *D. de test.*

(1) Porque en los comicios calados precedia la rogacion solemne: *ciudadanos romanos, quereis, mandais.*

(2) No se debe entender que se habla de la testamentifaccion *activa*, de la *pasiva*, ó de una y otra juntamente. No de la activa, porque el hijo de familia puede ser testigo, y no puede testar: no de la pasiva, porque el impuber puede ser instituido heredero, y sin embargo no puede ser testigo en el testamento: no de una y otra juntamente, porque la muger puede testar y ser instituida heredera, mas no por esto puede ser testigo en el testamento. Digase pues, que aquel que no podia entrar en los comicios calados, ese no tenia ni testamentifaccion, ni tampoco podia ser testigo en el testamento.

462. Estas solemnidades son comunes al testamento nuncupativo y escrito; pero en éste se requiere ademas: 3.º que el mismo testador escriba el testamento (el cual se llama *hológrapho*), ó lo firme (1), y si no sabe escribir que firme por él un octavo testigo que se llamará al efecto, *l.* 28. §. 1. *C. de testam.*

(1) Justiniano mandó que el testador ó los testigos escribiesen con su propia mano el nombre del testador, §. 4. *Inst. e. t. l.* 29. *C. de testam.*; pero el mismo abolió despues esta solemnidad. *Nov.* 119. *cap.* 9.

463. Finalmente: 4.º se requiere que los testigos suscriban y signen las tablas, ya con anillo suyo ó ageno, ya con otro instrumento, §. 3. *Inst. e. t. l.* 22. §. 2. 5. 7. *y l.* 30. *D. qui testam. fac. poss. l.* 12. *C. de testam.*

464. Mas poco importa la lengua ó las palabras con que se teste, *l.* 21. §. *ult. D. l.* 15. *C. de testam.*, ó la materia en que se escriba, ya sea cera, papel ó pergamino, §. 12. *Inst. de test. ord. l.* 1. *l.* 4. *D. de bon. poss. sec. tab.*, con tal que el testamento se escriba en letras, y no en abreviaturas, *l.* 6. §. *ult. D. de bon. poss.*, ni en papel *deleticio* (1) *ú opisthógrapho*, *l.* 4. *D. de bon. poss. sec. tab.*

(1) Llámase papel *deleticio* aquel de que se borra lo que antes se ha escrito; y *opisthógrapho*, no el escrito por ambas caras segun pensó *Guido*, *Panciról*, sino solamente por una, como dicen *Voss. en la etimología de esta palabra*, y *Savaron.*

465. En el testamento *nuncupativo* no se necesitan los requisitos de que se ha hablado en el párrafo 462, y basta que el testador manifieste de palabra su última voluntad delante de siete testigos idóneos rogados que le vean y entiendan, §. 14. *Inst. e. t. l.* 21. *pr.* §. *penult. D. qui testam. fac. poss. l.* 21. §. 2. *l.* 26. *C. de testam.* Aunque el testamento nuncupativo se escriba, y particularmente si se hace para que no se olvide lo que se ha dispuesto en él, no por eso se dirá que es escrito, *Sichard en la l.* 21. §. 2. *C. de testam.* §. 2.

TÍTULO XI.

Testamento militar.

466. Aunque digimos que en el testamento no puede omitirse solemnidad alguna sin peligro de nulidad, hay sin embargo algunos testamentos en los cuales se dispensan ó todas ó algunas solemnidades, y por esto se llaman *privilegiados ó menos solemnes*.

467. Todas las solemnidades internas y esternas se dispensan: 1.º á los *militares* por el inminente peligro á que estan espuestos, *l.* 1. *l.* 34. §. 2. *l.* 35. *y* 40. *D. e. t. l.* 15. *C. pr. Inst. e. t.*, pues á la manera que aun antes de las do-

ce tablas podian testar *in procinctu*, esto es, fajados con el cinto Gabino, y abroquelados con su escudo, nombrando su heredero delante de tres ó cuatro personas, *Plutarc. en Coriolan. serv. á Virg. Ene. lib. 7. v.* 612., así tambien Julio César, Tito, Domiciano, Nerva y Trajano les concedieron despues en distintas épocas no solamente la facultad de testar *in procinctu*, sino tambien cuando estaban en peligro (1), *l.* 1. *pr. D. e. t.* De aquí es que Ulpiano deriva el testamento militar de las constituciones de los príncipes, *Fragm. tit.* 23. §. 2.

(1) El testamento *in procinctu* habia caido en desuso desde los tiempos de Ciceron segun dice Justiniano, §. 1. *Inst. de test. ord.* Este privilegio se restableció despues por los emperadores, á fin de aumentar el número de soldados mercenarios de que ya se componía la milicia.

468. Estando exentos los militares aun de la solemnidad interna, se sigue que pueden instituir herederos aun á aquellos que no tienen testamentifaccion, *l.* 13. §. 2. *D. l.* 5. *C. e. t.* Que pueden desheredar ó preterir á los hijos ó nietos, §. 6. *Inst. de exhær. lib. l.* 9. *l.* 10. *C. e. t.*; y por tanto no se rompen sus testamentos por la agnacion de herederos suyos, *l.* 7. 8. *D. e. t.*, ni se admite contra ellos la querella de inoficioso, *l.* 29. §. *ult. D. e. t.* Que pueden morir parte testados, y parte intestados, *l.* 6. *l.* 15. §. 4. *l.* 37. *D. e. t.*, y con muchos testamentos, *l.* 19. *pr. D. e. t.*, é instituir herederos en codicilos, *l.* 36. *pr. D. e. t.* Que puedan sustituir de cualquier modo, *l.* 5. *l.* 15. §. 5. *l.* 28. *D. e. t.*, y legar mas de lo que permite la ley falcidia, *l.* 17. §. *ult. D. l.* 12. *C. e. t.*

469. Dispensándose tambien las solemnidades esternas, se sigue que si el testamento militar es *escrito*, no se necesitan ningunos testigos, y por tanto se omiten en él todas las solemnidades mencionadas en los párrafos 461 *y* 463. *l.* 15. *C. e. t.*, con tal que conste plenamente que el militar lo ha escrito, *l.* 40. *pr. D. e. t.* Que si hace testamento nuncupativo bastan dos testigos, *l.* 12. *D. de test.*, aunque no sean rogados, *l. ult.* §. *ult. D. de codicill.* Que el

único requisito esencial de este testamento es que conste que el militar nombró su heredero no por acaso, sino con ánimo deliberado, §. 1. *Inst. l.* 24. *D. e. t.*

470. Testan pues por derecho militar no solamente los militares que sirven en las filas, sino tambien los que estan en pais enemigo espuestos á los mismos peligros, *l.* 44. *D. e. t.* Tambien los sordos y los mudos aun no licenciados, *l.* 4. *D. e. t. Vinn. al* §. 2. *Inst. e. t.*, y que dudan de su estado, *l.* 11. §. 1. *D. e. t.*

471. Siendo la causa de este privilegio el peligro inminente de la vida, es claro que solo pueden testar de este modo los militares que estan en espedicion y en los campamentos, §. 3. *Inst. l.* 1. 15. *l. penult. C. e. t.*; y por tanto si se hallan en los cuarteles de invierno deben testar segun el derecho comun. Que pueden confirmar por palabras ó por hechos el testamento no arreglado á derecho que hicieron antes de ser militares, *l.* 9. §. 1. *l.* 20. §. 1. *l.* 25. *D. e. t.* Que obtenida su licencia y removido el peligro, ya no vale el testamento hecho por derecho militar; bien que á los veteranos que obtienen una licencia justa y decorosa se concede un año despues de haberla obtenido, §. 3. *Inst. l.* 26. *pr.* §. 1. *D. e. t.*, y que la condicion existente se retrotraiga pasado el año, §. 3. *Inst. e. t. l.* 26. *D. de condit. Inst.*

472. Habiendo dicho en el párrafo 444 que el hijo de familia puede disponer libremente del peculio castrense y cuasi castrense, se debe añadir que tiene en él derecho de testar lo mismo que un militar, pero guardando los requisitos del derecho civil, pues no corren los peligros que son inherentes á la milicia, §. 6. *Inst. e. t. l. ult. C. de inoff. test.*

473. Tambien se dispensan algunas solemnidades esternas: 2.° á los padres que testan entre hijos (1), porque si testan por escrito, y escriben ó firman el testamento, espresando claramente el año, mes, dia, y la parte en que instituyen á los hijos, ya no son necesarios los testigos, *l.* 21. §. 1. *C. de test. Nov.* 107. *cap.* 1.; mas si el testamen-

to es nuncupativo, dos testigos son suficientes, *Arg. l.* 12. *D. de test.*

(1) Y solamente entre éstos; pues en cuanto á los estraños no vale el testamento á no ser que concurra el número competente de testigos y las demas solemnidades, sin que obste la *Autent. Quod sine C. de testam.*, pues es contraria á ella la *Nov.* 107. *cap.* 1.

474. A los que testan en *tiempo de peste* se dispensa que los testigos concurran todos á un tiempo por temor del contagio, *l.* 8. *C. de testam.*

475. 3.º A los que testan en el *campo* se concede el privilegio de que puedan testar delante de cinco testigos, si no se encontrare mayor número, como sucede en los campos, *l. ult. C. de testam.*, lo que se presume en caso de duda, mientras no se prueba lo contrario. Tambien se permite que un testigo firme por otro si no sabe escribir.

476. Gozan tambien de privilegio: 5.º los testamentos *hechos delante del príncipe ó del juez*, los cuales no exigen ninguna solemnidad, *l.* 19. *C. de testam.*: 6.º el testamento *posterior imperfecto* por el cual son llamados á la sucesion los herederos abintestato preteridos en el primero, pues cinco testigos son suficientes, *l.* 21. §. *penult. C. de testam.* Por último: 7.º los testamentos hechos en favor de *causas pias*, en los cuales dispensó el pontífice todas las solemnidades, *cap.* 11. *X. de testam.*

TÍTULO XII.

Personas que no pueden testar.

477. Pueden testar todos aquellos á quienes no se prohibe. En este título se numeran los que tienen prohibicion, á saber, los que no podian entrar en los comicios calados (1).

(1) Por esta razon las mugeres no pudieron testar antiguamente. Despues se les concedió la testamentifaccion, con tal que el tutor interpusiese su autoridad.

478. Siendo la testamentifaccion de *derecho público romano*, *l.* 3. *D. qui test. fac. poss.*, se sigue que no puedan testar los siervos, *l.* 19. *D. lug. cit.*, ni los que estan entre los enemigos, cuyos testamentos hechos en el cautiverio no valen aunque vuelvan á sus hogares (1), *l.* 8. *pr. D. lug. cit.* §. *ult. Inst. e. t.*, ni los peregrinos (2) ó deportados, *l.* 8. §. 1. *D. lug. cit.*

(1) Porque los hechos prisioneros por el enemigo son verdaderamente esclavos; mas los cogidos por los ladrones pueden hacer testamento, *l.* 13. *pr. D. qui testam. fac. poss.* Siendo la regla catoniana la razon por que no vale el testamento hecho en el cautiverio, *l.* 1. *pr. D. de reg. Caton. l. penult. D. de reg. jur.*, es cláro que si recuperare la libertad, vale por derecho de postliminio el testamento hecho en la ciudad antes del cautiverio; y si muriere en él, vale por la ley Cornelia, §. *ult. Inst. e. t. l.* 12. *D. qui test. fac. poss. l.* 16. *y* 18. *D. de captiv. et postlimin.*

(2) Véase la nota del traductor á la pág. 74.

479. Concediéndose la testamentifaccion á los padres de familia solamente, es claro que los hijos de familia no pueden hacer testamento ó codicilo en que se deje legado ó fideicomiso, *l.* 6. *l.* 19. *D. qui test. fac. poss.*, ni aun permitiéndolo el padre, *pr. Inst. e. t. l.* 6. *pr. D. lug. cit.* Esta prohibicion no se estiende ni á la donacion *mortis causa*, *l.* 25. §. 1. *D. de mort. caus. don.*, ni al testamento que hagan de los bienes castrenses ó cuasi castrenses. Los efectos de dicha prohibicion son tan generales, que el testamento del padre de familia se hace irrito por medio de la arrogacion, á no ser que sea militar, §. 5. *Inst. de milit. test.*, y el otorgado por el hijo de familia no vale aun cuando éste muera, siendo ya de su derecho, *pr. Inst. e. t. l.* 19. *D. qui test. fac. poss.*

480. Siendo el testamento la *justa sentencia* de nuestra voluntad, no pueden hacerlo los furiosos y dementes, escepto en los lucidos intervalos, §. 1. *Inst. e. t.*, ni los pródigos, pues civilmente se consideran como furiosos, §. 2. *Inst. lug. cit. l.* 18. *pr. D. qui test. fac. poss.*, á no ser que hagan el testamento antes del entredicho, §. 2. *l.* 18. *pr.*

D. lug. cit., ó beneficien á sus descendientes. *Nov. Leon.* 39., ni los impúberes, §. 1. *Inst. e. t. l.* 5. *D. lug. cit.*

481. Tampoco pueden testar los *sordo-mudos*, ni aquellos á quienes afecta alguna de estas dos enfermedades, á no ser que puedan manifestar su voluntad ó de palabra ó por escrito, *l.* 10. *C. qui test. fac. poss.* §. 3. *Inst. e. t.*

482. Este impedimento no es estensivo á los *ciegos*, quienes pueden testar con tal que nombren al heredero, y ademas de los siete testigos llamen ó á un escribano para que presencie el nombramiento, ó á un octavo testigo, firmando y signando todos, *l.* 8. *C. lug. cit.*

483. Finalmente, no se permite testar á ciertas personas por via de *pena*; tales son los reos de lesa magestad, *l.* 5. *C. ad leg. Jul. majest.*; los apóstatas y hereges, *l.* 3. *C. de apost. l.* 4. *C. de hæret.*; los que han contraido matrimonio incestuoso, á no ser que instituyan á los herederos legítimos, *l.* 6. *y Auth. incestas C. de incest. nupt.*, y los condenados por libelo infamatorio, *l.* 18. §. 1. *l.* 26. *D. qui testam. fac. poss.*, ó á último suplicio (1), *l.* 8. §. *ult. l.* 13. §. *ult. D. lug. cit. l.* 6. §. 6. *D. de injust. rupt. irr. test.*

(1) Porque aunque los condenados á muerte no se hagan ya siervos de la pena, con todo, la venta pública de los bienes no se ha abolido sino en favor de los parientes, *Nov.* 134. *cap. ult.*; y por tanto, si existen parientes, no se concede al condenado á muerte la facultad de testar; pero si faltan, los bienes se venden públicamente.

TÍTULO XIII.

Desheredacion de los descendientes.

484. La institucion de heredero es una *solemnidad interna*; y aunque los hijos deben ser instituidos con preferencia á todos, sin embargo la patria potestad tuvo antiguamente unos límites tan estensos, que el padre podia ó preterir en el testamento á los hijos y nietos, ó deshere-

darlos sin justa causa, *Liv. l.* 1. *cap.* 34. *Cic. orad. lib.* 1. *cap.* 38. *l.* 11. *D. de liber. et postum.* Mas habiendo los padres abusado de este derecho en perjuicio de su posteridad, *l.* 4. *D. de inoff. test.*, las leyes les impusieron la obligacion de instituirlos ó desheredarlos; pero guardando siempre una enorme diferencia entre los *suyos* y *emancipados*, entre los *legítimos* é *ilegítimos*, entre los *naturales* y *adoptivos*, entre los *varones* y *hembras*, entre los descendientes de *primero* y *ulteriores grados*, y finalmente entre los *nacidos* y *póstumos.*

485. Los hijos *suyos naturales* de *primer grado* habian de ser instituidos ó desheredados espresamente; de otra suerte el testamento era *nulo ipso jure*, *pr. Inst. de exhæred. lib. l.* 30. *D. de lib. et postum.*

486. Las *hijas suyas naturales* y todos los descendientes de *ulterior grado* podian ser exheredados *inter cæteros* (entre los demas) sin ser necesario determinar sus nombres. Si se preterian, no invalidaban el testamento, pero *acrecian* en la parte viril á los herederos suyos instituidos, y á los estraños en la mitad, *Ulp. Fragm. tit.* 22. §. 17. *pr. Inst. e. t.*

487. Los *póstumos*, como personas inciertas, no podian ser instituidos herederos, §. 25. *Inst. de legat.*, y así bastaba que fuesen preteridos; mas luego se estableció ó que fuesen instituidos, ó desheredados (1), *l.* 10. *D. de lib. et postum.* §. 1. *Inst. e. t.*, y si eran varones de primer grado, llamándolos por sus nombres, y si hembras y nietos, bastaba que lo hiciese entre los demas, con tal que el padre les legase alguna cosa para que no pareciesen preteridos, §. 1. *Inst. e. t.* De otra suerte rompian por la agnacion el testamento en que eran preteridos, §. 1. *Inst. lug. cit.*

(1) Esto se ha de entender no solamente de los póstumos *verdaderos* que nacen despues de muerto el padre, *l.* 3. §. 1. *D. de injust. rupt. irr. test.*, sino tambien de los *cuasi póstumos*, cuales son: 1.º los *Aquilianos*, esto es, los nietos que nacen despues de la muerte del abuelo, habiendo muerto antes el hijo, los cuales habian de ser instituidos ó desheredados segun la fórmula de Aquilio Galo, *l.* 29. *D. de lib. et postum.* 2.º los *Veleyanos*, esto es, los nietos nacidos despues de la muerte del padre, pero en vida del abuelo testador, los cuales habian de ser ó ins-

tituidos ó desheredados segun el capitulo 1.° de la ley Julia Veleya, *l.* 29. §. 11. 12. *D. lug. cit.*; y tambien los nietos que nacidos antes del testamento del abuelo agnacen á éste como herederos suyos en lugar del padre muerto, los cuales habian de ser instituidos ó desheredados segun el capítulo 2.° de la ley Julia Veleya, *l.* 29. §. 13. 14. *D. lug. cit.*: 3.° los *Salvianos*, esto es, los nietos que nacidos despues del testamento del abuelo, y muriendo despues el padre, suceden en lugar de éste, los cuales habian de ser instituidos ó desheredados segun la sentencia de Salvio Juliano, *l.* 29. §. 15. *D. lug. cit.*: 4.° los *Cornelianos* que concebidos antes del cautiverio del padre, nacen en la ciudad, siendo ya cautivo éste, *l.* 15. *D. de injust. rupt. irr. test.*

488. No era necesario instituir ni desheredar á los *emancipados*, §. 3. *Inst. de exh. lib.*; mas el pretor les concedió despues la posesion de los bienes contra el testamento, si siendo varones no eran instituidos ó exheredados espresamente; y si hembras, *inter cæteros* (entre los demas), §. 3. *Inst. e. t. l.* 6. *y* 7. *D. de bon. poss. contra tabb.*

489. Los padres podian por derecho preterir á los *ilegítimos*. Los adoptivos, mientras estaban en la potestad del padre adoptante, gozaban del mismo derecho que los suyos naturales, §. 4. *Inst. e. t. l.* 1. *D. de adop.* Los emancipados no eran favorecidos ni por el pretor ni por la ley, *l.* 4. *D. si tab. test. null. exst.* Los menos plenamente adoptados quedaban siendo herederos suyos respecto del padre natural, y solamente sucedian abintestato al padre adoptivo.

490. Mas por derecho nuevo todos los hijos de cualquier sexo ya nacidos, ya póstumos, habian de ser ó *instituidos* ó *desheredados* espresamente, §. 5. *Inst. e. t. l.* 4. *C. de lib. præter.* Si son preteridos por el padre ó el abuelo paterno, anulan el testamento; y si por la madre ó el abuelo materno, pueden rescindirle, *Nov.* 115. *cap.* 3. Los emancipados piden contra él la posesion de los bienes, *l.* 4. *C. de lib præter.*, lo que se entiende tambien de los arrogados y plenamente adoptados; mas no de los adoptados por un estraño, §. 5. *Inst. e. t. l. penult. C. de adopt.*

491. Del mismo modo han de ser instituidas ó desheredadas las mismas personas á quienes se debe la *legítima.* Los ascendientes preteridos ó injustamente desheredados

rescinden el testamento lo mismo que los hijos, *l.* 14. *D. e. t. Legítima es la porcion de la herencia que se ha de dar á ciertas personas por disposicion de la ley* (1), la cual se debe: 1.° á los descendientes: 2.° á los padres: 3.° á los hermanos y hermanas de padre y madre, en el caso que se les prefiera una persona torpe, *l.* 27. *C. de inoff. test. Nov.* 115. *cap.* 3. 4. Por derecho antiguo se debia dar abintestato la cuarta parte de ella, §. *ult. Inst. de quærel. inoff.*; mas despues se repartió atendiendo al número de personas, dándose unas veces *la tercera parte si eran cuatro ó menos*, y otras *la mitad* si eran cinco ó *mas*, *Nov.* 18. *cap.* 1.

(1) O á lo menos consultando su espíritu. Es muy probable que esta legítima fue introducida por interpretacion de la ley falcidia, *l.* 8. §. 8. 9. *D. de inoff. test. l.* 21. *c. fam. erc.*

492. La *desheredacion es la legítima esclusion de la herencia*, y debe hacerse: 1.° nombrando á la persona desheredada: 2.° puramente, y no bajo de condicion, *l.* 3. §. 1. *D. de lib. et postum.*: 3.° de toda la herencia, *l.* 19. *D. lug. cit.*: 4.° de todos los herederos y de todo grado, *l.* 3. §. 2. 3. 6. *D. lug. cit.*: 5.° por justa causa que se ha de espresar en el testamento (1), *Nov.* 115. *cap.* 3. *pr.* (2).

(1) Si los hijos ó padres fuesen desheredados por causa injusta y no probada, *Nov.* 115., el testamento es nulo; pero si fuere por justa causa no verdadera, y espresada en el testamento, los hijos y padres desheredados lo rescinden con la querella de inoficioso, *Nov.* 115. *cap.* 3. § *ult. cap.* 4. §. *ult.*

(2) Esto no siempre es cierto, porque hay casos, como se verá en el párrafo siguiente, en que el hijo es desheredado sin que el padre haga testamento. *Nota del traductor.*

493. Las justas causas por las cuales pueden los hijos ser desheredados son catorce, á saber: 1.° si el padre fuere injuriado gravemente: 2.° si el hijo le diere con las manos ó de otra manera: 3.° si asechare su vida: 4.° si se le siguiere perjuicio por delacion del hijo: 5.° si se acompañare con hechiceros, ó llegare á serlo (1): 6.° si impidiere que el padre teste: 7.° si no cuidare de su padre furioso: 8.° si

estando cautivo no lo redimiere: 9.° si el hijo se hiciese herege en tales términos que no admita las cuatro primeras sínodos ecuménicas: 10. si acusase al padre de crímen capital, escepto el de lesa magestad: 11. si tuviese relaciones ilícitas con la madrastra ó concubina del padre: 12. si contra la voluntad de su padre se hiciere cómico: 13. si no quisiere salir de fiador de su padre para sacarle de la cárcel (2): 14. si se prostituyere la hija menor que el padre quiso casar, *Nov. 115. cap. 13.*

(1) Si á pesar de las luces del dia algun padre infatuado desheredase á su hijo por hechicero, ¿deberá el juez admitir que el heredero testamentario se presente en juicio á probar la causa de la desheredacion? La respuesta afirmativa seria el descrédito de la magistratura y la vergüenza del siglo. *Nota del traductor.*

(2) Esta causa, lo mismo que la décima, solo pertenece á los hijos, porque las hijas como mugeres ni pueden ser fiadoras, ni tampoco acusar, *l. 2. §. 1. 2. D. ad SC. Vell. l. 8. D. de accusat.*

494. Ocho son las causas por las cuales pueden los padres ser justamente desheredados: 1.ª si acusaren á los hijos de delito capital: 2.ª si asecharen su vida: 3.ª si estupraren á la nuera ó concubina del hijo: 4.ª si impidieren que los hijos testen: 5.ª si no los redimieren estando cautivos: 6.ª si no los cuidaren estando furiosos: 7.ª si fueren hereges: 8.ª si el padre envenenare á la madre, ó ésta á aquél, *Nov. 115. cap. 4.*

495. El hermano ó hermana pueden preterir en testamento á los hermanos ó hermanas de padre y madre, con tal que no instituya *persona torpe*, pues en este caso debe ó instituirlos ó desheredarlos. Las causas de esta desheredacion son tres: 1.ª si el hermano ó la hermana asechare su vida: 2.ª si le acusare criminalmente: 3.ª si le causare pérdida de bienes, *Nov. 22. cap. 47.*

496. Aunque estas causas no pueden aumentarse por otras de diverso género, *Nov. 115. cap. 3.*, sin embargo no se escluyen las semejantes ó mas atroces en el mismo género, *Hub. Præl. Inst. e. t. §. 10. sig.*

TÍTULO XIV.

Institucion de heredero.

497. Institucion de heredero es la solemnidad interna del testamento, sin la cual no puede subsistir. *Heredero es el sucesor en el derecho universal que tuvo el difunto, l. 24. D. de verb. signif. l. 62. D. de reg. jur.*

498. De lo que se sigue, que puede ser instituido heredero el que al tiempo de hacer el testamento, al de la muerte del testador, y al de la adicion tiene capacidad, *l. 49. §. 1. D. e. t. §. 4. Inst. de hæred. qual. et differ.*, para suceder en el derecho universal de un ciudadano romano.

499. Pueden ser instituidos herederos así los libres como los siervos. Éstos, si son del testador, deben serlo con libertad, la cual se presume que se les da con el hecho de instituirlos; mas si son agenos, aun sin ella, porque el nombramiento se hace entonces en consideracion á su amo, por cuyo mandato adquirirán la herencia (1), *pr. Inst. e. t. l. penult. C. de C. de serv. necess. hær. Inst.*

(1) ¿Pero qué sucede si se instituye á un siervo hereditario antes de haberse adido la herencia? Entonces la herencia yacente representa al difunto, *l. 31. §. 1. l. 52. D. §. 2. Inst. e. t.*

500. Pueden ser instituidos los ciudadanos, mas no los peregrinos, *l. 6. §. 2. D. e. t. Cicer. pro Cæcin. cap. 35.*, ni los que padecen capitis diminucion máxima ó media, *l. 1. C. e. t.*

501. Pueden tambien ser instituidas las personas inciertas (las cuales no podian serlo por derecho antiguo, segun digimos en el párrafo 484.), con tal que ó por acaso ó de otra manera pueda saberse quiénes son, *§. 26. 27. Inst. de leg.*, y por lo tanto pueden serlo los pobres, *l. 24. C. de episc. et cleric.*, las Iglesias, *l. 1. C. de SS. eccl.*, las ciudades, *l. 26. D. ad SC. Trebell. l. 122. D. de legat. 1.*,

los colegios y corporaciones lícitas, *l.* 12. *C. e. t. l.* 1. §. 15. *D. ad SC. Trebell.* Todo esto se introdujo poco á poco contra el derecho antiguo (1).

(1) Por derecho antiguo no podian ser instituidas las personas inciertas, los municipios, ni los municipes, porque una corporacion se reputaba como cosa incierta, de suerte que ni podia hacer la *crecion* de la herencia (*a*), ni obrar como heredero, cuya razon convenia así á los dioses instituidos de herederos como á los colegios. *Ulpian. Fragm. tit.* 22. §. 4. 7. *sig.* Despues se concedió por un SC. que los municipios pudieran ser instituidos por los libertos, y recibir tambien fideicomisos. *Ulp. lug. cit.* §. 5. *l.* 26. *D. ad SC. Trebell.* El SC. ridículamente concedió á ciertos dioses el derecho de tres hijos, á fin de que pudieran ser instituidos. *Dio. Cass. lib.* 15. *princ. Ulp. lug. cit.* §. 6. Finalmente se concedió á las ciudades y colegios lícitos el derecho de tomar la herencia, *l.* 12. *C. de hær. Inst.*; el cual estendió Constantino á las iglesias, *l.* 1. *C. de SS. eccl. l.* 4. *C. Theod. de episc. eccl.*

(*a*) Llamóse *crecion* de herencia el juicio que formaba el heredero sobre si adiria ó no la herencia. Solamente tenia lugar entre los estraños, á quienes el testador comunmente prefijaba un plazo de cincuenta ó cien dias á lo mas, dentro del cual debian adir. Era tambien un acto legítimo, y por consiguiente se debia hacer con todas las solemnidades propias de éstos. *Nota del traductor.*

502. A ciertas personas se negó por via de pena el derecho de heredar ó *simpliciter*, ó *secundum quid. Simpliciter*, á los hijos de los traidores, *l.* 5. §. 1. *C. ad leg. Jul. majest.*, á los apóstatas, *l.* 3. *C. de apost.*, hereges, *l.* 4. *l.* 5. *C. de hæret.*, judíos, *l.* 1. *C. de Jud.*, y corporaciones ilícitas, *l.* 8. *C. e. t.*

503. No puede ser heredero *secundum quid* el príncipe instituido á causa de algun pleito, §. *ult. Inst. quib. mod. test. infirm.*, ni el consorte que pasa á segundas nupcias puede dejar al segundo consorte mas de lo que deja á uno de los hijos del primer matrimonio, *l.* 6. *C. de sec. nupt.* Los padres é hijos incestuosos nada pueden dejarse entre sí, *l.* 6. *C. de incest. nupt. Auth. ex complexu C. lug. cit.*, y los hijos naturales no toman nada del testamento del padre sino en falta de hijos legítimos y de padres, *l.* 1. 2. *C. de nat. lib. Nov.* 82. *cap.* 12.

504. La herencia se llama *as* por los jurisconsultos, y se divide en doce onzas (1). Por lo cual dos onzas de la herencia, esto es $\frac{2}{12}$, se llaman *sextans*; tres onzas, *quadrans*; cuatro onzas, *triens*; cinco, *quincunx*; seis, *semix*; siete, *septunx*; ocho, *bes*; nueve, *dodrans*; diez, *decunx* ó *dextans*; once, *dedux*, §. 5. *Inst. e. t.* Sin embargo el testador puede seguir ó la division natural, ó dividir el *as* en cuantas onzas quiera, *l.* 47. §. 1. *l.* 81. *pr. D. de hæred. Inst.* §. 5. *Inst. e. t.*

(1) La onza tambien se divide en varias partes. La media onza se llama *semuncia*; su cuarta parte, *sicílico*, *l.* 21. §. 2. *D. de ann. leg.*; la sexta parte, *sextula*; la vigésima cuarta, *scriptulo*; la mitad de éste, *simplicio*; y así en adelante. El *as doble* se llama *dupondio*; el triple, *tripondio*; por lo que el *dupondio* consta de veinte y cuatro onzas, y el *tripondio* de treinta y seis.

505. No pudiendo nadie morir parte testado y parte intestado (1), se sigue que la herencia se ha de dividir de manera que no quede nada de todo el *as*.

(1) La opinion casi universalmente adoptada es que segun las leyes españolas uno *puede morir parte testado y parte intestado*. Dícese que la ley 15. *tit.* 3. *P.* 6., en que se sanciona el mismo principio del derecho romano, ha sido derogada por la ley 1. *tit.* 18. *lib.* 10. *de la Nov. Recop.* Yo pienso de un modo enteramente contrario; y como la cuestion es de grave importancia, no por lo que es en sí, sino por las consecuencias que envuelve, quiero esponer aunque brevemente el fundamento de mis ideas.

Segun las leyes romanas y de Partida, *morir testado es morir con heredero que suceda en los bienes por virtud de la institucion hecha en testamento. Morir intestado, es morir sin otros herederos que los abintestato*; por consiguiente, *morir parte testado y parte intestado, es morir sucediendo á un tiempo en los bienes del difunto, herederos testamentarios, y herederos abintestato.* Veamos pues lo que dice la tan decantada *ley* 1.ª *de la Recopilacion.* Despues de establecer las solemnidades del testamento, ordena que éste valga en cuanto á las mandas y otras cosas contenidas en él, aunque el *testador no haya nombrado heredero*; ó si le hubiere nombrado, *éste no quisiere adir*; en cuyos casos sucederá en los bienes *aquel que segun derecho y costumbre de la tierra heredaria, si el testador no hiciera testamento.* Esta ley, pues, lo único que manda es que la institucion de heredero ó la adicion de éste no sea necesaria para la existencia del testamento, y que los legados y demas

cosas contenidas en él se sostengan, pasando la herencia á los herederos abintestato. Pero yo pregunto, ¿en qué parte dispone esta ley que los herederos abintestato sucedan junto con el heredero instituido en el testamento? En ninguna, pues ella solamente llama á los herederos abintestato en defecto de heredero testamentario, ya porque no haya sido instituido, ya porque no quiera adir. Ahora bien; y si morir parte testado y parte intestado es morir sucediendo en los bienes del difunto el heredero instituido, junto con los abintestato, y en el caso presente solamente suceden éstos con esclusion de aquél, ¿cómo puede decirse que la ley recopilada permite morir parte testado y parte intestado?

No se responda que dicha ley permite morir de este modo, porque los legados subsisten al mismo tiempo que los parientes suceden en el resto de los bienes. Semejante doctrina al paso que implicaria las mas absurdas consecuencias, destruirá el mérito de la innovacion que se supone á la ley recopilada. Jamas pueden confundirse los legatarios con los herederos, ni menos suponerse que morir con legados es morir testado. Si asi fuera, las leyes romanas nunca hubieran permitido hacer legados, codicilos, fideicomisos singulares, ni otras especies de última voluntad, en que sosteniéndose todo lo dispuesto en ellas, la herencia pasa á los herederos abintestato.

Si tuviera códigos á la mano, podria dar mas estension á mis ideas; pero lo espuesto es suficiente para convencer á cualquiera que medite la materia con imparcialidad. Ella es importante, repito, no por lo que es en sí, sino porque envuelve el *derecho de acrecer*, derecho que puede dar origen á pleitos de la mayor consideracion. Por lo demas, no se crea que yo defiendo las sutilezas del derecho romano: yo las condeno como ridículas é impertinentes; pero debo advertir, que aquí no se trata de legislar, sino de razonar segun las leyes establecidas. *Nota del traductor.*

506. De lo que se sigue: 1.° que si un heredero fuere instituido sin coheredero (1) en la sesta parte ó en cosa cierta, tomará todo el *as*, *l.* 1. §. 4. *D. de hæred. inst*: 2.° que si se hubieren instituido muchos coherederos sin asignacion de partes, la herencia se dividirá entre ellos en partes iguales, §. 6. *Inst. e. t. l.* 9. §. 12. *D. de hæred. inst.*; de suerte que muchas personas conjuntas se tienen por una sola, *l.* 11. *l.* 13. *pr. D. e. t.*: 3.° que si sobra alguna cosa del *as*, acrezca á prorata á cada uno; y que si la herencia se divide en muchas onzas, aquéllas que escedan del *as* decrezcan á prorata á cada uno de ellos, §. 7. *Inst. e. t.*: 4.° que si se han asignado partes á unas personas, y á otras no, aquellas que fueren instituidas sin parte tomen la porcion vacante, y si nada sobra, se haga del *as* un *dupondio*; ó si éste no fuere suficiente, se haga un *tripondio*, á no ser que el testador añadiere: *sea Ticio heredero de la parte restante*, pues entonces, acabado el *as*, Ticio nada toma, *l.* 17. §. 3. *D.* §. 6. 8. *Inst. e. t. l.* 18. *D. e. t.*

(1) Porque si tiene coheredero, aquel que es instituido en cosa cierta, se tiene como legatario, *l.* 13. *C. e. t.*; si muchos son instituidos en cosa cierta, cada uno toma porciones iguales, aunque el testador les haya asignado cosas de precio desigual, *l.* 9. §. 13. *D. e. t.*; de suerte que cada uno tenga la cosa como prelegado, *l.* 35. *pr.* §. 1. *D. de hæred. inst.*

507. Del mismo principio se sigue que el heredero puede ser instituido ó *puramente*, ó *bajo de condicion*; pero no desde cierto dia, ó hasta cierto dia. Por lo cual si se prefija dia, se tiene por no puesto, á no ser que sea incierta su existencia, pues entonces se considera como condicion (1), §. 9. *Inst. e. t. l.* 75. *D. de condit. et demonstr.*

(1) Esto se entiende cuando no se sabe si ha de existir; porque si se supiere de cierto, ignorándose el cuándo, y se prefijare á un estraño, entonces se tendrá por condicion. Lo contrario sucede si se prefija al mismo heredero, *l.* 9. *C. de hæred. inst. l.* 1. §. 2. *l.* 79. *pr.* §. 1. *D. de condit. et demonstr.*

508. *Condicion* es la circunstancia que suspende un acto hasta algun evento incierto (1). Los doctores la dividen, aunque inexactamente, en *posible* é *imposible* (2), y subdividen á aquélla en *potestativa*, *casual y mista.*

(1) Por tanto, la condicion que se refiere al tiempo presente ó pasado, propiamente no es condicion, *l.* 10. §. 1. *D. de condit. inst. l.* 120. *D.* §. 4. *Inst. de verb. oblig.*; y así no suspende la herencia, sino que ó la invalida, ó la confiere inmediatamente, pues se entiende que la condicion ha existido ó no ha existido.

(2) A la condicion imposible casi no puede aplicarse la definicion de la condicion, porque siempre es cierto que no ha de existir. *Voecio elem. de derecho e. t.* §. 8. dice, que la palabra condicion se debe tomar aquí en un sentido mas lato.

509. Llámase *potestativa* la que *depende del heredero*, v. gr. *si fuere ó no á Roma* (1). *Casual* la que *depende de la*

Providencia, *cuyas leyes rigen el órden inmutable de las cosas humanas*, v. gr. *si se elegirá Cónsul*. *Mista* la que *en parte pende de la voluntad del heredero*, *y en parte de la suerte*, v. gr. *si fuere á Roma siendo Mevio Cónsul* (2), *l.* 13. *D. de adquir. hær. l. unic.* §. 7. *C. de cad. toll.*

(1) Ésta se divide en *afirmativa y negativa*; mas la negativa no suspende la herencia, sino que el heredero puede adirla inmediatamente, con tal que preste caucion de que no obrará contra la condicion. Esta caucion se llama Muciana, de la que se trata en la *l.* 7. *pr. D. de condit. et demonstr.* (véase el §. 601.)

(2) Hablando con propiedad, no hay condicion *meramente potestativa*, porque el hombre nunca puede operar con absoluta independencia de los objetos y de las circunstancias. Así es que todas se deben reducir *á casuales y mistas*, no estableciéndose otra diferencia, sino que en éstas prepondera unas veces el influjo de la suerte, y en otras el de la voluntad del hombre, pudiendo llegar el caso en que los obstáculos le esten casi subordinados, ó en que los mismos objetos y circunstancias favorezcan sus designios. En este sentido solamente podrá decirse, aunque con inexactitud, que hay condiciones *potestativas*. No puedo menos de observar que el egemplo de la condicion *casual* citado por el autor, es enteramente falso. Decir que el nombramiento de un Cónsul depende de la Providencia, es no solo inspirar ideas erróneas y perjudiciales á la juventud, sino desconocer los resortes mas poderosos que impelen las acciones humanas. *Nota del traductor.*

510. La condicion *imposible* lo es ó por *naturaleza*, v. gr. *si se agotare un rio*, ó por *ley*, la cual resiste su cumplimiento, v. gr. *si matare á Mevio*; ó por las *buenas costumbres*, v. gr. *si bailare desnudo en el foro*; ó por *perplegidad de palabras*, esto es, si las palabras fueren tan contrarias entre sí que no pueda tener efecto la condicion, v. gr. *si Seyo fuere heredero*, *séalo Ticio*; *y si Ticio*, *séalo Seyo.*

511. Acerca de las condiciones posibles se deben observar las reglas siguientes: 1.ª al heredero suyo no puede prefijarse otra condicion que la potestativa, *l. ult. D. de cond. instit. l.* 4. *pr. l.* 5. 6. 86. *D. e. t.*: 2.ª si las condiciones posibles se pusieren copulativamente á un estraño se han de cumplir todas; y si disyuntivamente, basta que se cumpla una de ellas; de lo contrario no valen ni la institucion de heredero, ni el legado, *l.* 5. *D. de condit. inst.*:

3.ª si la condicion se impusiere dejándola al arbitrio de otro, y su falta de cumplimiento no procediere de culpa del heredero, se tendrá por cumplida, *l.* 3. 23. *D. lug. cit. l.* 5. §. 5. *D. quando dies leg. ced. l.* 161. *D. de reg. jur.*

512. Acerca de las condiciones imposibles se deben observar las reglas siguientes: 1.ª las imposibles por naturaleza, por ley ó por la moral, se tienen por no puestas (1), *l.* 1. *l.* 20. *pr. D. de condit. inst. l.* 45. *D. e. t.*: 2.ª la condicion perpleja vicia la institucion, *l.* 16. *D. de condit. inst. l.* 188. *D. de reg. jur.*, mas no la prepóstera, *l.* 25. *C. de testam.*: 3.ª muerto el heredero ó el legatario antes de cumplirse la condicion, transmite la herencia ó el legado á sus herederos, *l.* 4. *pr. D. quando dies legat. ced. l. un.* §. 7. *C. de caduc. toll.* Lo contrario se observa en los contratos.

(1) No sucede así en los contratos, pues éstos se vician por cualquier condicion imposible, §. 10. *Inst. de inut. stipul. l.* 31. *D. de obl. et act.* La razon de diferencia es clara, porque cuando los contrayentes ponen una condicion imposible, parece que ó se burlan, ó que estan dementes; mas el heredero ni consiente en semejante condicion, ni se juzga que el testador quiso que su voluntad fuese ilusoria (*a*).

(*a*) Si el testador quiere que su voluntad tenga efecto, y á pesar de esto hace la institucion de heredero bajo de una condicion imposible, entonces es menester suponer que está loco; y por consiguiente no solo es nula la institucion, sino tambien el testamento. *Nota del traductor.*

TÍTULO XV.

Sustitucion vulgar.

513. Sucediendo el heredero en el derecho universal del difunto, y estando por lo mismo obligado á pagar todas las deudas, fácilmente sucedia que el heredero instituido no quisiese adir. Acontecia tambien con frecuencia que el heredero, ó muerto antes que el testador, ó padeciendo capitis diminucion, no pudiese adir, y por lo mismo quedase destituido el testamento. Finalmente, los padres que

instituían á sus hijos impúberes ó dementes, temian muchas veces que éstos muriesen intestados por no haber llegado á la pubertad, ó recuperado el juicio. Por este motivo pues establecieron las *sustituciones*, á fin de que ó los testamentos no quedasen destituidos, ó los hijos impúberes ó dementes no muriesen intestados.

514. *Sustitucion es la institucion de un segundo, tercero, cuarto ó mas herederos para el caso en que falte el primero*, *l.* 1. *pr. l.* 36. *pr. l.* 43. §. 2. *D. de vulg. et pupill. substit.*

515. Debiendo dejarse la herencia con palabras directas é imperativas, y los fideicomisos con oblicuas, se sigue que si alguno sustituyere con palabras directas, la sustitucion es *directa*; pero si con oblicuas, es *fideicomisaria* (1), *l.* 7. *l.* 15. *D. l.* 5. *l.* 7. *C. e. t. l.* 64. *l.* 77. *D. ad SC. Trebell.* Tratemos de la directa.

(1) Es clara la diferencia que hay entre una y otra, pues se sustituye directamente para el caso en que no exista el heredero instituido, ó muera dentro de la edad pupilar; mas fideicomisariamente, cuando al heredero instituido se le manda que restituya la herencia; en cuyo caso tiene lugar la sustraccion de la cuarta trebeliánica. Sin embargo, muchas veces se hacen juntas estas dos sustituciones con palabras compendiosas.

516. La sustitucion directa procede de dos causas, y así es de dos maneras, ó *vulgar*, ó *pupilar*, de las cuales la una tácitamente contiene á la otra, *l.* 4. *pr. D. l.* 4. *C. de vulg et pupill. subst.* De aquí es que entrambas se dividen por los doctores en *espresas* y *tácitas*. Las demas especies que añaden los doctores pueden reducirse á estas dos.

517. La *vulgar* es *cuando cualquier testador sustituye al heredero para el caso en que éste no lo fuere*, *pr. Inst. e. t.*

518. Pudiendo acontecer que la persona instituida ó *no quiera* ó *no pueda* ser heredera, se sigue que las palabras *si no fuere heredero* comprendan ambos casos; y que si solamente se hubiese espresado uno de ellos, el espresado se contenga en el otro, *l.* 3. *C. de hær. inst. l.* 4. *pr. D. l.* 4. *C. e. t.*

519. Siendo la sustitucion la institucion de un segundo

heredero, se sigue que pueden sustituirse los mismos que pueden instituirse. Que se sustituyan muchos en lugar de uno, uno en lugar de muchos, y uno en lugar de uno, §. 1. *Inst. l.* 36. §. 1. *D. e. t.* Que los coherederos puedan sustituirse entre sí, cuya sustitucion se dice *recíproca* ó *mutua* (1), *l.* 4. §. 1. *D. e. t. l.* 64. *D. de legat.* 2.

(1) Los doctores bárbaramente la llaman *brevilocua*, y por esto inventan una tercera especie de sustitucion, que en realidad es *vulgar*, y hoy casi inútil, porque los coherederos gozan mutuamente del derecho de acrecer, aunque no sean sustituidos entre sí.

520. Por cuanto el segundo heredero se sustituye para el caso en que falte el primero, se sigue que si hubiere duda, el sustituto se entiende llamado á la misma parte que recibiria el instituido, §. 2. *Inst. l.* 24. *D. e. t.* Muerto el sustituto antes que el instituido, *l. unic.* §. 5. *de caduc. toll.*, ó adiendo éste la herencia (1), espira la sustitucion, aunque si el que adió la herencia fuere menor sea restituido contra la adicion, *l.* 3. §. 4. *l.* 7. §. 10. *D. de min. l.* 5. *C. e. t.*

(1) Esceptúase el caso del §. *ult. Inst. e. t.*, y la *l.* 40. 41. *D. de hæred. inst.*, porque si fuere instituido heredero el siervo ageno á quien el testador consideraba como padre de familia, y Mevio le fuere sustituido vulgarmente, adiendo el siervo la herencia por mandato del amo, Mevio sin embargo se admite en una parte. Pero ¿en cuál? En dicho §. *ult.* y *l.* 41. parece que se habla de la mitad: mas en la *l.* 40. se dice: *por tanto, en este caso háganse dos mitades, de suerte que la una se divida entre aquel que fuere dueño del heredero instituido, y el sustituto.* Por lo cual *Cuyacio* sagazmente dice, que se debe leer *as*, en vez de las palabras *alter semis* (otra mitad), pues supone que los amanuenses fingieron cifras ó letras particulares y que las interpretaron: *alter semis* (otra mitad). Pero bien pueden conciliarse ambas opiniones, porque la ley 40. manifiestamente contiene dos casos. El primero es, cuando un padre de familia habia instituido á Ticio siervo, á quien consideraba como ingenuo, y le habia nombrado de sustituto á Sempronio. Adiendo Ticio la herencia, se preguntaba si Sempronio sería admitido en parte. Juliano responde en dicha *l.* 40, *que puede decirse que Sempronio es admitido en parte de la herencia* (á saber en la mitad). El otro caso es, cuando un padre de familia habia instituido á Ticio ingenuo, pero esclavizado despues, y le habia nombrado de sustituto á Sempronio. Adiendo Ticio la herencia por

mandato del amo, se preguntaba si Sempronio sería admitido, ¿y en qué parte? Juliano responde en *d. l.* 40. : *cuya agregacion pertenece á aquellos que instituidos herederos cuando eran padres de familia, fueren despues esclavizados. Por tanto, en este caso se harán mitades, de suerte que la una se divida en partes iguales entre aquel que fuere dueño del heredero instituido, y el sustituto*, y la otra quede en poder del dueño; cuya condicion en este caso era mejor, porque el testador no se habia equivocado como en el primero acerca del estado del heredero instituido. Por tanto, no hay necesidad de correccion, ni motivo para atribuir á Juliano *una locucion impropia*. Del mismo modo pensaron otros muchos autores.

521. Finalmente, como las instituciones se inventaron para que no quedasen destituidos los testamentos, infirieron los jurisconsultos que el sustituto del sustituto es sustituto del instituido, §. 3. *Inst. e. t.*

TÍTULO XVI.

Sustitucion pupilar.

522. Siendo el fin de la sustitucion *pupilar* que los impúberes no muriesen intestados, fácilmente se percibe que es la *sustitucion hecha á los hijos impúberes que estan bajo la potestad del testador, y que muerto éste no han de recaer bajo la de otro, para el caso en que mueran siendo todavía impúberes*, *pr. Inst. e. t. l.* 8. *C. de impub. et al. subst.*

523. De esta definicion nacen los axiomas siguientes: 1.° que la patria potestad es el fundamento de la sustitucion pupilar: 2.° que su causa es la edad inmatura, dentro de la cual no puede testarse: 3.° que la sustitucion pupilar abraza dos testamentos, no en razon de las solemnidades esternas, sino de la institucion, §. 2. *Inst. e. t. l.* 2. §. 4. *l.* 16. §. 1. *l.* 20. §. 1. *D. de vulg. et pup. subst.*

524. Siendo la patria potestad el fundamento de esta sustitucion, se sigue que solamente el padre puede hacerla, y que la madre solo pueda sustituir vulgarmente, porque los hijos no estan bajo su potestad, *pr. Inst. l.* 33. *D. e. t.*

Que el padre sustituye solamente á los hijos suyos y póstumos no emancipados, pero no á los nietos que han de recaer bajo la patria potestad, á no ser que lo haga segun la fórmula de la ley Junia Veleya, *l.* 2. *pr. D. e. t.* Que pueda sustituir aun á los desheredados, *l.* 1. §. 2. *l.* 10. §. 5. *D. e. t.*; pero no imponer ni á ellos ni á sus sustitutos el gravámen de entregar legados (1), *l.* 41. §. 3. *D. e. t. y l.* 41. §. 3. *D. de testam. milit.* Que se acaba la sustitucion si el hijo fuere emancipado por el testador antes de su muerte, ó si fuere arrogado despues de ella; lo que no se debe permitir sin pleno conocimiento de causa, *l.* 17. §. 1. *D. de adopt.*

(1) Porque es regla general, que á *ninguno se ha de gravar en mas de lo que se le hubiere beneficiado*, *l.* 9. *C. de fideic. l.* 114. §. 3. *l.* 122. §. *ult. D. legat.* 3. §. 1. *Inst. de sing. reb. per fideic. relict.*

525. Siendo la causa de esta sustitucion la edad inmatura, dentro de la cual no pueden los hijos hacer testamento, se sigue que al hijo no pueda sustituirse sino hasta los años de la pubertad, *l.* 14. *D. e. t.*, aunque pueda hacerse por un tiempo mas corto, *l.* 21. *D. e. t.* Que si el pupilo llegare á la pubertad se acabe la sustitucion, *l.* 14. D. *lug. cit.*, como tambien si se cumpliere el tiempo por el cual se sustituyó, *l.* 21. D. *lug. cit.*

526. Finalmente, abrazando la sustitucion pupilar dos testamentos, se infiere que el padre no puede sustituir al hijo, á no ser que primero haga testamento para él, y despues de haber nombrado su heredero le nombre tambien para el hijo, *l.* 2. §. 4. *y ult. D. e. t.* §. 2. *Inst. e. t.* Que en llegando el caso el sustituto no solamente tome los bienes adquiridos del padre, sino todos los adventicios, escluyendo á todos los parientes, y aun á la misma madre, *l.* 8. §. 5. *D. de inoff. test.*, la cual no puede ni aun pedir la legítima (1), *l.* 8. §. 15. *D. lug. cit.* Que invalidado el testamento del padre (2) tambien lo sea la sustitucion por ser una secuela de él, §. 5. *Inst. l.* 2. *pr. D. e. t.*

(1) La equidad y el argumento que se saca de las *ll.* 30. *D.* y 32. *C. de inoff. test.*, inducen á creer que á la madre se concede la legítima de los bienes adventicios del hijo.

(2) Esceptúase el caso en que el testamento del padre se rescinde por la querella de inoficioso, pues entonces subsiste todo lo dispuesto en él, menos la institucion de heredero. *Nov.* 115. *cap.* 3. §. *ult.*

527. Por la *l.* 9. *C. de impub. et al. subst.* se estableció á egemplo de la pupilar otra sustitucion, que se llama *egemplar*, *cuasi pupilar*, y tambien *Justinianea.* No pudiendo testar los furiosos, mentecatos ó destituidos de sentidos, y no queriendo sus padres que muriesen intestados, Justiniano, en consideracion á los sentimientos naturales, concedió la facultad de que pudiesen nombrar sustitutos á sus hijos para el caso en que muriesen en este estado, §. 1. *Inst. e. t.*

528. Por tanto, la patria potestad no es el fundamento de esta sustitucion, sino el *afecto*; de lo que se sigue que puedan hacerla padres y madres. Que se dé á los hijos dementes instituidos á lo menos en la legítima, y no á los desheredados, §. 1. *Inst. e. t. l.* 9. *C. de impub. et al. subst.* Que deban mirar por el bien de sus descendientes, y por lo mismo sustituyan primeramente á los hijos del furioso ó del mentecato; faltando éstos, á sus hermanos y hermanas, y si éstos no existieren, á quien mejor les parezca, *d. l.* 9.

529. Habiéndose inventado esta sustitucion á causa de que semejantes hijos no pueden testar, se infiere que no solamente pueda sustituirse á los furiosos y mentecatos, sino tambien á los pródigos, sordos y mudos aunque sean púberes, y que se acabe esta sustitucion luego que el furioso recobre su juicio, se devuelva al pródigo la administracion de sus bienes, ó el sordo-mudo empiece á usar de sus sentidos, *d. l.* 9.

530. Suele añadirse la *sustitucion militar*, fundándose en que el militar está exento de todas las leyes de la testamentifaccion, y no le obligan las reglas de la sustitucion; por lo cual ésta se llama tambien *privilegiada.* Síguese pues

de aquí que el militar pueda sustituir á los hijos púberes, á los estraños en el caso que hayan de ser herederos, y en cualquier tiempo que murieren; pero esto se entiende respecto de los bienes que heredaren de él, *l.* 15. *D. de vulg. et pupill. substit. l.* 6. *C. de testam. mil. l.* 8. *C. de impub. et al. subst.*

TÍTULO XVII.

Modos de invalidar los testamentos.

531. Los testamentos se invalidan de varios modos; y los jurisconsultos muy escrupulosos en escoger palabras los distinguen con otros tantos nombres, llamándolos *nulos*, *injustos*, *rotos*, *írritos*, *destituidos* y *rescisos.*

532. *Nulo* es el que no subsiste desde el principio ó por defecto de solemnidad interna, esto es, de institucion de heredero, v. gr. si fueren preteridos los hijos suyos nacidos (1), *l.* 1. *D. de injust. rupt. irr.*, ó por inhabilidad del testador, *l.* 1. *D. e. t.*

(1) Los emancipados y póstumos preteridos no anulan el testamento del padre, supuesto que se hizo desde el principio conforme á derecho, *l.* 3. §. 4. *D. lug. cit.*; pero aquéllos piden la posesion de los bienes, y éstos lo rompen con la agnacion. Lo mismo se debe decir de los preteridos por la madre ó por el abuelo paterno, los cuales no impugnan el testamento con la querella de nulidad, sino con la de inoficioso.

533. *Injusto* se dice *el que no subsiste desde el principio por no haberse hecho segun la ley, y omitídose en él las solemnidades esternas*, *l.* 1. *D. de injust. rupt. irr. test.*

534. Los testamentos nulos é injustos no son válidos, y así no subsisten ni los legados, ni ninguna de las otras cosas dejadas en ellos, segun aparece claramente de la *Nov.* 115. *cap.* 3., la cual no trata de la querella de nulidad, sino de la de inoficioso, *Huber. prælec. á la Inst. lib.* 2. *tit.* 13. §. 2. Sin embargo, los injustos se sostienen algunas veces por medio de la cláusula codicilar, de la que se tratará despues, §. 647. *sig.*

535. Se *rompe* el testamento *cuando permaneciendo el testador en el mismo estado se vicia el derecho del testamento*, §. 1. *Inst. e. t.*, y esto se hace por la agnacion del póstumo, la cual es ó *natural*, si despues de la testamentifaccion nace heredero suyo; ó *civil*, si el testador arroga ó adopta al descendiente, legitíma al natural, ó el nieto sucede en lugar del heredero suyo, §. 1. 2. *Inst. de exhær. lib.* §. 1. *Inst. e. t.* §. 2. *Inst. de hær. qui abintest.*

536. Lo mismo sucede cuando se muda la voluntad del testador, ya sea que haga nuevo testamento segun la ley, §. 2. *Inst. e. t. l.* 1. *y* 2. *D. de injust. rup. irr.* (aunque no exista heredero del posterior, §. 2. *Inst. e. t.*, ó se añada al primero clausula derogatoria (1), *l.* 6. §. 2. *D. de jur. codicill.*), ya que revoque el primer testamento delante de tres testigos á lo menos, y transcurra el espacio de diez años, *l.* 27. *C. de testam.*, ya que borre ó rasgue alguna cosa de él, ó ya que arranque los sellos (2), *l.* 1. *D. de his quæ intent. del.*

(1) Algunas veces subsiste el primer testamento: 1.° si el posterior fuere nulo por la pretericion del hijo, *l.* 16. §. 1. *D. de vulg. et pupill. subst.*: 2.° si el testamento posterior no contuviere institucion de heredero, *l.* 11. *D. de injust. rupt. irr. test.*: 3.° si no existiere la condicion de presente ó de pasado puesta al último testamento, *l.* 16. *D. lug. cit.* Cuando no consta cual de los dos testamentos es el posterior, entonces se sucede en virtud de uno y otro, *l.* 1. §. 6. *D. de bon. possess. sec. tab.* Finalmente, si el testador instituyere en el último testamento á alguna persona en cosa cierta, y mandare que el primero deba tambien valer, entonces se supone que al heredero nombrado en la cosa cierta se le ruega que restituya los demas bienes al heredero instituido en el primer testamento, §. 3. *Inst. e. t.*

(2) Porque la testamentifaccion es acto *unilateral*, cuya naturaleza es que ninguno pueda imponerse á sí mismo una ley, de la que no le sea lícito libertarse, *l.* 6. §. 2. *D. de jur. codicill.* La verdadera razon de la regla consiste en que el hombre puede variar su voluntad hasta la muerte, *l.* 4. *D. de adim. vel transfer. leg.*

537. Todo lo que se ha dejado en el testamento roto se invalida, á no ser que se sostenga por beneficio del pretor, el cual suele dar la posesion de los bienes aun en virtud del testamento roto, si el póstumo que le rompió muere, vivo el testador, *l.* 12. *D. de injust. rupt. irr.*, ó si éste rompe el posterior con la intencion de que subsista el primero, *l.* 11. §. 2. *D. de bon. poss. sec. tab.*

538. Es *írrito* el testamento, *si se muda el estado del testador*, esto es, si padece capitis diminucion máxima, media ó mínima, §. 4. *Inst. e. t. l.* 6. §. 5. *D. de injust. rupt. irr. test.*, porque haciéndose siervo por la capitis diminucion máxima, peregrino por la media, é hijo de familia por la mínima, y no pudiendo hacer testamento el siervo, el peregrino, ni el hijo de familia, es claro que el testamento se reduce al caso en que no pudo tener principio, *l.* 98. *pr. D. de verb. oblig.*

539. El pretor sin embargo sostiene muchas veces este testamento, y concede al heredero nombrado la posesion de los bienes segun las tablas, cuando el testador fuere ciudadano romano y hombre de su derecho al tiempo de la muerte, §. 6. *Inst. e. t. l.* 12. *pr. D. de injust. rupt. irr.*; ó cuando manifestare nueva voluntad, en el caso que la capitis diminucion mínima hiciese írrito el testamento, *l.* 9. §. 2. *D. de bon. poss. sec. tab.*

540. El testamento se llama *destituido*, *cuando en él no existe heredero, ya sea porque no quiera ó porque no pueda adir la herencia, á causa de la muerte, ó de no haberse cumplido la condicion*, §. 7. *Inst. de hæred. qui ab intest.* Por tanto en estos casos el difunto queda intestado, *pr. Inst. e. t. l.* 181. *D. de reg. jur.*

541. Finalmente, se *rescinde* el testamento por la querella de inoficioso, segun veremos en el título siguiente.

TÍTULO XVIII.

Testamento inoficioso.

542. Los padres tuvieron antiguamente libre facultad de desheredar á los hijos; pero como muchas veces proce-

dian injustamente, poco á poco empezaron á impugnarse con la *querella de inoficioso* los testamentos en que se hacian tales exheredaciones. Esta querella no se estableció por las constituciones de los príncipes, por el edicto del pretor, ni por cierta ley ęlicia, sino por las costumbres é interpretacion de los jurisconsultos, segum digimos en *nuestras antigüed. rom. e. t.* §. 5. *ult. edic.*

543. No concediendo las leyes ni el pretor recurso alguno á los hijos injustamente desheredados, los jurisconsultos astutamente inventaron el modo de atacar el testamento del padre, suponiéndole demente; pues de otra suerte no podria olvidarse de sus hijos. Esta accion se llama *querella*, porque se decia que los cognados propiamente no acusan ni litigan, sino que se *quejan* entre sí. *Voss. Inst. orat. lib. 1. cap.* 6. §. 2. Se llamó querella de *inoficioso*, porque los *beneficios* se egercen respecto de los estraños; mas los *oficios*, entre aquellos á quienes los vínculos de sangre inducen y obligan á socorrer. *Senec. lib.* 3. *de benef. cap.* 18.

544. Así como el *testamento inoficioso* es *aquel que se hace rectamente, mas no segun los oficios de piedad*, *l.* 2. *y* 3. *D. e. t.*, esto es, aquel en que han sido preteridas ó exheredadas sin justa causa las personas á quienes se debe la legítima (1); así la *querella de inoficioso* es *la accion por la cual los injustamente desheredados ó preteridos, á quienes se debe la legítima, proceden contra los herederos instituidos, para que se rescinda el testamento so pretesto de haber estado demente el testador.*

(1) Antiguamente se daba á todos los cognados, y aun á los estraños amigos del testador, *Valer. Max. lib.* 7. *cap.* 7.; mas despues que se estableció la legítima, solamente se concedió á quienes ésta se debia, *l.* 1. *D. e. t.* De lo que se infiere que esta querella y la legítima no tienen un mismo origen, sino que esta es mas reciente, y sin duda establecida en virtud de la ley Falcidia. Véanse *nuestras antig. rom. e. t.* §. 7.

545. No necesitan de ella los hijos preteridos ó exheredados no espresamente, ni por justa causa, segun la *Nov.* 115 (véase la nota del párrafo 492), pues entonces

tienen la *querella de nulidad*, *l.* 1. §. *pr.* D. *de injust. rupt. irr. test.* Tampoco la necesitan los que han sido instituidos aun en una mínima parte, porque entonces les compete *conditio ex lege* para completar lo que falta á la legítima, cuya accion llaman los doctores *espletoria*, §. 3. *Inst. y l.* 30. *pr.* C. *e. t.* Así pues solamente tiene lugar: 1.° si la exheredacion de los hijos se hace por causa *justa pero falsa*: 2.° si los padres son preteridos por los hijos, éstos ó los nietos por la madre ó abuelo materno, los emancipados por el padre, y finalmente los hermanos por el hermano, cuando éste les antepone una persona torpe, pues entonces la pretericion se tiene por exheredacion, §. 5. *Inst. de exh. lib.*: 3.° si la causa de la exheredacion es justa, pero no se espresa en el testamento.

546. Concediéndose á aquellos á quienes se debe la legítima, se sigue que puedan intentarla los hijos suyos legítimos (no los ilegítimos, sino de parte de la madre, *l.* 29. §. 1. *D. e. t.*), los emancipados y póstumos, los injustamente desheredados ó preteridos por la madre ó abuelo materno, los padres de ambos sexos ya desheredados, ya preteridos, *l.* 1. *l.* 30. *D. e. t.*, los hermanos y hermanas de padre y madre desheredados ó preteridos, si se les prefiere una persona infame ó de mala reputacion, *l.* 27. *C e. t.* No presentándose los parientes mas inmediatos, se admiten los mas remotos segun el edicto sucesorio, *l. penult. pr. D. e. t.*

547. Concediéndose esta querella so pretesto de estar demente el testador, se considera como odiosa. De aquí es que solamente se da en subsidio á falta de otro recurso, § 2. *Inst. e. t*; que no se concede á los herederos del exheredado á menos que éste se haya presentado en juicio, *l.* 6. §. *fin. D. l.* 5. *C. e. t.*, escepto el caso en que el hijo muera mientras delibera el heredero instituido, pues entonces se transmite aun sin este requisito, *l.* 34. *C. e. t.* Que no se dé pasados cinco años, *l.* 8. §. *ult. D. l.* 34. *C. e. t.*, ni si la exheredacion se hace de buena fé, *l.* 18. *D. de lib. et postum.*, ni si la voluntad del testador fuere re-

conocida espresa ó tácitamente por el exheredado ó preterido, *l.* 17. *pr. l.* 10. *D. e. t.* Que el que sucumbe en la querella pierde los legados que se le hayan dejado, *l.* 8. §. 14. *D. e. t.* Que por derecho nuevo se rescinde la institucion de heredero, pero subsisten los legados y demas cosas contenidas en el testamento, *Nov.* 115. *cap.* 3. §. *ult. y cap.* 4. §. *ult.*

TÍTULO XIX.

Cualidad y diferencia de los herederos.

548. Considerándose los testamentos, segun los principios del derecho romano, como unas leyes, y no obligando éstas sino á los súbditos, se infiere que simplemente estan obligados á obedecer esta última voluntad los que estan bajo la potestad del testador, mas no los estraños, á no ser que voluntariamente se sometan á ella.

549. Los *siervos* estan bajo la dominica, y los *hijos* bajo la patria potestad del testador: todos los demas son estraños. Por tanto los siervos se llaman *herederos necesarios*; los hijos que estan bajo la patria potestad *suyos y necesarios*, y los estraños *voluntarios*, *pr. Inst. e. t. l.* 15. *l.* 16. *D. de adquir. vel amitt. hær.*

550. Herederos *necesarios* son los *siervos propios instituidos con libertad ó sin ella*, *porque quieran ó no quieran son libres desde que muere el testador, y herederos ipso jure*, §. 1. *Inst. e. t. l.* 57. §. 2. *D. de adquir. vel amitt. hær.* La razon de esto se dió ya en el §. 113.

551. *Suyos y necesarios* son los *hijos que estan bajo la potestad del testador al tiempo de hacer el testamento, y que despues no han de recaer bajo la de otro* (1), §. 2. *Inst. e. t. l.* 33. §. 1. *D. de test. mil.*

(1) Si recaen bajo la patria potestad, entonces aden la herencia por mandato del padre; y asi, ya no son herederos *ipso jure*.

552. Se dicen *suyos*, así porque estan bajo la potestad

y dominio del padre, cuanto porque en cierto modo se consideran como dueños vivo éste; y por lo mismo parece que se suceden y que son herederos de *sí mismos*, §. 2. *Inst. e. t.* Se llaman *necesarios*, porque segun el derecho civil quieran ó no quieran son herederos de sus padres por testamento y abintestato, §. 2. *Inst. e. t.*

553. Sucediendo el heredero en todos los derechos del testador difunto, y estando por lo mismo obligado el hijo á pagar todas las deudas, ó á sufrir la ignominia de que los bienes hereditarios sean poseidos en su nombre por los acreedores (§. 113), el pretor concedió á los *suyos* impúberes el *beneficio de abstenerse*, aunque se hubiesen mezclado en la herencia; y á los púberes, si no se hubiesen mezclado ó hubiesen hecho algun acto por el cual tomasen alguna cosa de la herencia, §. 2. *Inst. e. t. l.* 57. *pr. l.* 11. *l.* 12. *l.* 71. §. 3. *D. de adquir. vel amitt. hær.* De aquí nace el axioma *que los herederos suyos adquieren la herencia ipso jure*, §. 3. *Inst. de hæred. quæ abintest.*

554. De lo que se sigue que no aden la herencia, sino que suceden en el derecho del testador desde el momento en que muere, §. 3. *Inst. de hæred. quæ abintest.* Que no se dice que *gestionan como herederos*, sino que se *mezclan*, ni que *repudian* la herencia, sino que se *abstienen* de ella. Finalmente, que transmiten la herencia á los herederos, aunque no esté adida, *l.* 3. *C. de jur. delib.*

555. *Voluntarios* son *todos los estraños*, los cuales no estando obligados á obedecer la voluntad del testador, á no ser que voluntariamente se sometan á ella, pueden *adquirir* ú *omitir* á su arbitrio la herencia que se les deja en testamento.

556. Se *adquiere* pues la herencia ó *declarando espresamente la voluntad de tomarla*, ó *significándola tácitamente con hechos.* El primer modo se llama propiamente *adicion*, el segundo *gestion como heredero*, §. 5. *Inst. e. t.* El primero es acto legítimo, *l.* 77. *D. de reg. jur.*, el segundo no exige ninguna solemnidad. Se dice que *gestiona como heredero el que hace alguna cosa como tal, y con ánimo de*

serlo, v. gr. cultivando los campos, dando dinero á rédito, cobrando las deudas, §. *ult. Inst e. t.*, á no ser que aparezca que no hizo esto con el carácter de heredero, sino por conservar los bienes, *l.* 20. *pr.* §. 1. *D. de adquir. vel amitt. hær.*

557. Pudiéndose manifestar la voluntad de ambos modos, se sigue que no puedan adir la herencia los furiosos, mentecatos, infantes, *l.* 93. *D. lug. cit. l.* 40. *D. de reg. jur.* §. 9. *Inst. de inut. stip.*, por quienes la aden los padres, tutores ó curadores, *l.* 18. *pr.* §. 1. 2. *de C. jur. delib. l. ult.* § 3. *C. de curat. fur.* Que los pupilos y menores próximos á la infancia ó á la pubertad no aden sino con la autoridad del tutor ó consentimiento del curador, *l.* 18. § *fin. C. de jur. delib.* Que los hijos de familia aden la herencia por mandato del padre, aunque por derecho nuevo el hijo de legítima edad puede adir la herencia contra la voluntad del padre, en cuyo caso adquiere la plena propiedad de este peculio adventicio (§. 447), *l. ult. pr.* §. 1. 2. *C. de bon. quæ liber.*

558. Síguese tambien que la adicion deba hacerse voluntariamente sin fuerza ni coaccion, *l.* 6. §. *ult. D. de adquir. vel amitt. hær. l.* 16. *C. de jur. delib.* Que se deba adir toda la herencia, y no una parte de ella, *l* 1. *l.* 2. *l.* 55. *D. e. t.* Que el instituido se haga heredero por medio de la adicion, pero que no adquiera la posesion á no ser que la tome naturalmente, *l.* 23. *pr. D. de adquir. vel amitt. possess.*

559. Siendo la adicion un acto legítimo, se infiere que la herencia no puede adirse por medio de procurador, *l.* 90. *pr.* D. *e. t. l.* 123. D. *de reg. jur*, ni bajo de condicion, *l.* 51. §. *ult.* D. *de adquir. vel amitt. hær. l.* 77. *D. de reg. jur.*

560. Finalmente, adquiriéndose la herencia de ambos modos, se sigue que no se transmita la herencia no *adida*, *l. un.* §. 5. *C. de caduc. toll.*, sino por los hijos de su derecho, quienes solamente la transmiten á los descendientes, *l. un. C. qui ante apert. tab. hæred. transmitt.* Que el heredero, despues de haber adido la herencia suceda en el *derecho universal del difunto*, y que por lo mismo goce del derecho de acrecer, *l.* 31. *l.* 53. §. 1. *l.* 80. *D. de adquir. vel amitt. hær.*, y esté obligado á pagar todas las deudas segun la porcion hereditaria, aunque la herencia no alcance á satisfacerlas, *l.* 10. *C. de jur. delib.* Que el que ade la herencia, se juzga que cuasi contrae con los legatarios y fideicomisarios, y por eso éstos pueden pedir los legados y fideicomisos con accion personal de testamento, §. 5. *Inst. de oblig. quæ quasi ex contr.*

561. Con el objeto de mejorar la condicion del heredero, se establecieron dos beneficios; el uno por el pretor, y se llama *derecho de deliberar*; y el otro por Justiniano, y se dice *beneficio de inventario.*

562. *El derecho de deliberar* es *el tiempo concedido al heredero instituido para que delibere si ade ó repudia la herencia*, §. 5. *Inst. e. t. l.* 9. *C. de jur. delib.* Este periodo era antiguamente arbitrario á instancia de los acredores; mas por derecho nuevo se concede *un año* por el *príncipe*, y *nueve meses* por el juez, con tal que se pida dentro de un año desde el dia que se supo, *l. ult.* §. 13. *C. lug. cit.* Si nadie reclama, el heredero puede adir aun en el espacio de 30 años, *l.* 8. *C. de jur. delib. l.* 7. *C. de hær. pet.*

563. *Beneficio de inventario* es *el derecho por el cual, hecho el inventario legítimamente, el heredero despues de adir la herencia no está obligado á mas de lo que alcancen los bienes*, §. 6. *Inst. e. t. l. ult.* §. 2. 3. 4. *C. de jur. delib.* Para que el inventario sea válido, se debe empezar á los treinta dias contados desde el momento en que el heredero tuvo noticia de su institucion; y se debe concluir dentro de sesenta dias, ó de un año cuando los bienes estan en distintos lugares, ó los herederos ausentes; se ha de hacer delante de escribano con citacion de los interesados, como son los legatarios y acredores; y si estuvieren ausentes, se convocarán tres testigos. Por último, concluido que sea, lo ha de afirmar el heredero, espresando la suma de los bienes, y si no supiere firmar, el escribano lo hará por él,

l. ult. §. 2. 3. *C. de jur. delib. Nov.* 1. *cap.* 2. §. 1.

564. El estraño puede *repudiar* la herencia á su arbitrio, espresa á tácitamente, *l.* 95. *l.* 77. *fin. D. de adquir. vel amitt. hær.* Por tanto, debe observarse lo que hemos dicho en el §. 550.

TÍTULO XX.

Legados.

565. Siendo los legados un modo singular de adquirir dominio, debieron haberse puesto á continuacion del título de donaciones; mas Justiniano trata de ellos aquí, porque regularmente se dejan en los testamentos.

566. *Legado es la diminucion de la herencia que hace el testador, mandando con palabras directas que de los bienes que pasarian al heredero, se dé alguna cosa á cierta persona* (1), *l.* 116. *pr. D. de legat.* 1. Por lo que hubo grande diferencia entre los *legados* y *fideicomisos particulares*: aquéllos se dejaban con palabras directas; éstos con oblicuas: aquéllos en testamento, ó en codicilos confirmados por testamento; éstos aun en codicilos no confirmados por testamento, *Ulpian. Fragm. tit.* 25. §. 3. 8.: aquéllos en lengua latina; éstos aun en griego. *Ulpian. tit.* 25. §. 9. Finalmente, aquéllos se interpretan mas estrictamente; éstos de un modo mas benigno, *l.* 16. *C. de fideic.*

(1) De aquí es que Ulpiano dice muy bien en el *tit.* 24. §. 1.: *legado es lo que se deja á manera de ley; esto es, imperativamente en el testamento.*

567. Los legados eran de cuatro maneras: 1.º *per vindicationem* (por vindicacion), y se dejaban con las palabras (1) *do, lego, sumito, capito, habeto*: 2.º *per damnationem* (por condenacion ú obligacion), con las palabras: *hæres damnas esto dare, dato, facito, eum dare, facere jubeo*: 3.º *per præceptionem* (por mandato), con las palabras: *hæres præcepito, præcipuam rem accipito.* Este legado solamente podia dejarse á uno de los coherederos: 4.º *sinendi modo* (á manera de dejar), con las palabras: *hæres sinito legatarium sumere vel habere*, §. 2. *Inst. e. t. Ulp. Fragm. tit.* 24. §. 2. *sig.*

(1) Conservándose estas cuatro especies de legados como un rasgo de las antigüedades romanas, y no pudiendo darse por medio de ninguna traduccion una idea exacta de la naturaleza y carácter distintivo de cada uno de ellos, he preferido transcribir en latin la fórmula de las palabras con que se dejaban. *Nota del traductor.*

568. Antiguamente hubo grande diferencia entre estos legados, pues el legado por vindicacion hacia al legatario dueño quiritario (1) desde el momento de la adicion de la herencia; los legados por condenacion y manera de dejar se pedian con la accion de testamento; y los legados por precepcion con el juicio *familiæ erciscundæ. Theof.* §. 2. *Inst. e. t.*

(1) Tampoco podian legarse todas las cosas de un mismo modo. Legábanse por *precepcion* y *vindicacion*, las que al tiempo de la testamentifaccion y muerte del testador eran de derecho quiritario, á escepcion de las fungibles, pues bastaba que estuviesen en su dominio al tiempo de su muerte; por *condenacion*, cualesquiera cosas aunque no fuesen del testador; y *sinendi modo*, las propias del testador y del heredero. *Ulp. tit.* 24. §. 7. *y sig.*

569. Mas por derecho nuevo no solamente se ha abolido la diferencia entre *legados* y *fideicomisos*, §. 3. *Inst. e. t. l.* 1. *D. de legat.* 1. *l.* 2. *C. comm. de legat. et fideic.*, sino tambien la de los mismos legados por vindicacion, damnacion, precepcion, y sinendi modo, §. 2. *Inst. e. t. l.* 15. *C. de test. l.* 1. *C. comm. de legat. et fideic.*

570. Por tanto se deben observar los axiomas siguientes: 1.º *todos los legados y fideicomisos que se dejaban con cualesquiera fórmulas y palabras, producen hoy un mismo efecto*, §. 2. *Inst. e. t. l.* 1. *C. comm. de leg*: 2.º *los legados y fideicomisos estan tan equiparados, que lo que falta á los legados se suple de la naturaleza de los fideicomisos, y si hay alguna cosa de mas en los legados, se aumenta la naturaleza de*

los fideicomisos, §. 3. *Inst. e. t. l.* 1. *D. de leg.* 1. *l.* 2. *C. comm. de leg. et fideic.*: 3.° *el dominio del legado de especie pasa al legatario sin tradicion desde la muerte del testador, y por lo mismo cede desde este tiempo el dia del legado puramente dejado*, *l.* 80. *D. de legat.* 2. *l.* 64. *D. de furt.*: 4.° *los legados se dejan sin solemnidad, y por consiguiente en codicilos*, *l.* 8. §. 1. 5. 6. *D. de jur. codicill.*, *con tal que concurran cinco testigos*, *l. ult.* §. *ult. C. de codicill.*

571. Siendo el legado la diminucion de la herencia, por la cual quiere el testador que se dé á uno alguna cosa, se sigue que pueda legar y dejar fideicomisos el que pueda testar, *l.* 2. *l.* 114. *pr. y* §. 1. *D. de leg.* 1., y que carezcan de este derecho los que no pueden hacer testamento.

572. Así es que pueden dejarse legados y fideicomisos á todos los que por derecho pueden tomar lo que se los deje en testamento, mas no á los incapaces, escepto el legado de alimentos, *l.* 11. *D. de alim. leg.* Tambien se dejan á las personas inciertas, §. 25. *Inst. e. t.*, á los pobres, *l.* 24. *C. de episc.*, á las Iglesias, §. *cit. l.* 1. *lug. cit.*, á las ciudades, *l.* 117. *D. de leg.* 1., á los colegios lícitos, *l.* 1. §. 15. *D. ad SC. Trebell.*, y al póstumo ageno, §. 26. *sig. Inst. e. t.* Mas al siervo del heredero se lega inútilmente (1), á no ser que sea bajo de condicion, §. 32. *Inst. e. t. Arg. l.* 116. §. 1. *D. de legat.* 1.

(1) El legado es la diminucion de la herencia que hace el testador con el objeto de que se dé á uno alguna cosa; mas si se diera al siervo del heredero, aquél lo adquiriria para éste, y por consiguiente no habria diminucion de la herencia. Es pues claro, que no puede hacerse este legado, y que no se revalida por la regla Catoniana admitida en los legados y herencias, aunque el siervo salga del poder del heredero en vida del testador, pues la regla Catoniana no pertenece á las disposiciones condicionales, *l.* 4. *D. de reg. Caton.*

573. Siendo hoy igual la naturaleza de todos los legados y fideicomisos, se sigue que el testador puede legar de los bienes de todos aquellos que reciben alguna cosa de él, *l.* 92. §. *ult. D. de legat.* 1.; y por tanto no solamente de

los del heredero, sino tambien de los del legatario y fideicomisario, ó de los herederos de éstos, *pr. Inst. de sing. reb. per fideic. relict.*, con tal que no los grave en mas de lo que hayan recibido, §. 1. *Inst. lug. cit.*, ó se legue á uno su cosa, pues entonces es inútil el legado, á no ser que el legatario la haya enagenado en vida del testador (1), y se le hubiere legado con esta condicion, en cuyo caso vale el legado por la regla Catoniana (§. 478), *l.* 1. §. *ult. D. de reg. Caton.*

(1) En este instante lamento mas que nunca la falta de mis códigos, pues no puedo comparar la *l.* 1. de la regla Catoniana citada por el autor, con el §. 10. *Inst. tit. de legados*, en el cual se declara nulo el legado de la cosa propia dejada al legatario, aunque la enagene despues. Sin embargo, sea cual fuere el merito de dicha ley 1., yo me inclino á creer que el legado debe ser valido en este caso, pues se deja, segun dice el autor, bajo la condicion de que el legatario enagene su cosa, y ya entonces puede considerarse ó como legado de cantidad, ó como de cosa agena. La comparacion del párrafo citado con la ley primera removerá todas las dudas que se puedan suscitar. *Nota del traductor.*

574. Del mismo principio se sigue que puedan legarse todas las cosas que existen ó que pueden existir en la naturaleza, ya sean corporales ó incorporales, con tal que esten en el comercio á lo menos del legatario, *l.* 49. §. 2. 3. *D. de legat.* 2. *Arg. l.* 34. *D. de verb. obl.*

575. Por esta razon es que pueden legarse no solo las cosas presentes, sino tambien las futuras, como los frutos que han de nacer en un fundo (1), §. 7. *Inst. e. t. l.* 24. *pr. D. de legat.* 1. *y l.* 17. *pr. D. de leg.* 3.

(1) Si se hiciere mencion del fundo por via de *demostracion* en diversa proposicion, v. gr. *doy, lego la cántara de vino que se sacará de la viña Tusculana*, se debe el legado, aunque no haya fruto, *l.* 12. *D. de alim. leg. l.* 13. *D. de trit. vin. et ol. leg.*; mas si se hace por via de *tasacion* y en una misma proposicion, v. gr. *doy, lego la cántara de vino de la viña Tusculana*, si no hay fruto nada se debe, *l.* 5. *D. de trit. vin. et ol. leg. l.* 8. §. 2. *D. de leg.* 2.

576. No solamente pueden legarse las cosas del testador, sino tambien las agenas (1), las cuales debe el here-

dero comprar y entregar al legatario, y si no puede conseguirlo, pagar á éste su valor al arbitrio del juez, á no ser que el testador ignorase que las cosas eran agenas, §. 4. *Inst. e. t.*, ó que el legatario las haya adquirido por título lucrativo en vida del testador, pues *dos causas lucrativas no pueden concurrir en una misma persona y en una misma cosa*, §. 6. *Inst. lug. cit. l.* 108. §. 4. *D. de legat.* 1.

(1) Claramente aparece que el legado de cosa agena no debe estar prohibido como inicuo, *cap. ult. X. de test.*

577. Síguese de aquí que si el legatario adquiere el legado por título oneroso, puede reclamar su precio del heredero, §. 6. *Inst. e. t.* Que si una cosa se debe á una misma persona en virtud de dos testamentos, y el legatario la hubiere conseguido en virtud del primero, ya no puede reclamar su precio en virtud del segundo; mas si obtuvo su valor en virtud del primero, puede reclamar la cosa en virtud del segundo, §. 6. *Inst. e. t.* Que si el legatario adquiere parte por título lucrativo, y parte por título oneroso, tan solamente puede pedir el valor de la primera, *l.* 82. *pr. sig. D. de leg.* 1. Que si el legatario adquiere por título oneroso la propiedad de la cosa sin el usufructo, y acabado éste pide la cosa, el juez mandará que solamente se le pague el valor de la propiedad, deducido el usufructo, §. 9. *Inst. e. t.*

578. Pueden legarse las cosas dadas en prenda, las cuales debe redimir el heredero, á no ser que el testador ignorase que estaban empeñadas, ó espresare que el legatario debe redimirlas, §. 5. *Inst. e. t.*, lo que se presume si se hubiese legado una universalidad como la dote, y hubiere dado en prenda por ella una cosa singular, *l.* 15. *D. de dot. præleg.*

579. No perece el legado de la cosa que el testador enagena despues, si no lo hace con intencion de quitarlo. Esto se presume cuando la enagenacion no es necesaria sino voluntaria, §. 12. *Inst. e. t. l.* 11. §. 12. *D. de leg.* 3. *l.* 18. *D. de adim. vel transfer. leg.*

580. Legándose tambien las cosas incorporales, nadie duda que es útil el legado de *nombre* y de *liberacion*. Por el primero el testador deja al legatario lo que un tercero le debe (al testador), y obliga al heredero á que ceda las acciones al legatario (1), §. 21. *Inst. e. t. l.* 44. §. 6. *l.* 75. §. 2. *D. de legat.* 1. Por el segundo obliga al heredero á devolver el documento ó escritura; y aunque la accion del heredero no se estingue, con todo el legatario puede defenderse con la escepcion de dolo, *l.* 3. §. 2. *de liberat. leg.* (2).

(1) El legatario exige el nombre con el derecho que le cede el heredero, pues esta accion personal compete directamente solo al heredero, y no al legatario, quien no sucede en los derechos del testador. Mas el derecho nuevo quitó en cierto modo esta sutileza, pues concede inmediatamente al legatario las acciones útiles contra el acreedor, *l.* 18. *C. e. t.*

(2) Si el testador exigiere la deuda, ó pagándosela el deudor voluntariamente la recibiere, ¿se estinguirán los legados de nombre y de liberacion? Se niega en ambos casos, á no ser que lo hiciere con intencion de quitarlos, lo que no se presume en ninguno de los dos casos, si fuere necesaria la causa de exigir, *l.* 11. §. 12. 13. *D. de leg.* 3.

581. Tambien es útil el legado de *deuda*; esto es, aquel por el cual el testador lega al acreedor lo que él le debe; pero es menester que se contenga mas en el legado que en la deuda, v. gr. si se lega puramente lo que se debia bajo de condicion, ó desde cierto dia, §. 14. *Inst. e. t.* De esta manera, el acreedor *quirografario* consigue con este legado el derecho de hipoteca; y si le faltan pruebas, puede pedir la cosa en virtud del testamento, quedándole ademas la accion de buena fé.

582. El *prelegado de dote* es de la misma naturaleza, así porque la muger puede pedirla inmediatamente, sin tener que aguardar al año dentro del cual se debe restituir la dote mueble, §. 15. *Inst. e. t. l. un.* §. 7. *C. de rei ux. act.*, cuanto porque no está obligada á probar que la llevó al matrimonio, si el marido testador espresare cantidad determinada, §. 15. *l.* 1. §. 7. *sig. D. de dot. præleg.*

583. No solamente se lega la *especie*, sino tambien la *cantidad* y el *género*. Los jurisconsultos entienden por *especie* un individuo, v. gr. *Tusculano*, *Sticho*, *Bucéfalo*; por *género*, lo que los filósofos llaman especie, v. gr. *predio*, *siervo*, *caballo*. *Cantidad* es el género determinado á cierto número, v. gr. *una cuadriga*, *cien aureos*.

584. El legado de *especie* perece para el legatario, y no para el heredero, á no ser que sea por culpa leve ó levísima de éste, §. 16. *Inst. e. t. l.* 47. §. *penult. D. de legat.* 1. Que legadas dos especies, si ambas son principales, aunque la una perezca en vida del testador, la otra se debe; pero si una es principal, y otra accesoria, destruida aquélla, ésta no se debe, §. 17. *Inst. e. t.* Que legada una universalidad, el aumento ó diminucion de ella ceda al legatario; y así legada una manada, aunque solo quede una oveja, ésta se debe (1), §. 18. 19. 20. *Inst. e. t. l.* 22. *D. de leg.* 1.

(1) Lo contrario sucede en el usufructo de la manada, porque si solamente queda una oveja, el usufructo no existe, *l. ult. D. quib. mod. usufr. amitt.*

585. El legado de *género* es útil, si el género no es sumo, sino ínfimo, y tiene límites determinados por la naturaleza, pues si dependen del arbitrio del hombre y el testador no los determina, se presume que quiere burlarse, *l.* 24. §. 3. *l.* 71. *pr. D. de legat.* 1. En este legado la eleccion toca al legatario, y no escogerá lo mejor, sin que el testador lo disponga, §. 22. *Inst. e. t. l.* 37. *pr. y* §. 1. *D. de legat.* 1.

586. De aquí aparece la diferencia que hay entre el legado de *género* y el de *opcion* ó de *eleccion*, porque si el testador manda espresamente que el legatario elija alguno de sus siervos ó caballos, él ó su heredero, *l. ult. C. comm. de leg.*, puede escoger aun lo mejor, §. 23. *Inst. e. t. l.* 2. §. 1. *D. de opt. leg. l.* 9. §. 1. *D. de dol.*, pero despues de haber escogido, no puede desechar la cosa y preferir otra, *l.* 20. *D. de opt. leg.*

587. Los legados de *género* y de *cantidad* convienen en que ninguno de los dos perece.

588. Finalmente, tambien se legan los *hechos*, á cuya prestacion obliga el testador al heredero; pero es menester que sean honestos, pues de otra suerte es nulo el legado, *l.* 112. §. 3. *D. de leg.* 1.

589. Entre los legatarios conjuntos tiene tambien lugar el *derecho de acrecer*, pues siendo el legado la diminucion de la herencia, se presume que el testador no quiso que la cosa legada á muchos quedase en poder del heredero, sino que faltando un legatario pasase toda entera al colegatario (1).

(1) Por tanto, es diverso el fundamento que hay en las herencias y legados. El derecho de acrecer proviene en las herencias de la necesidad de la ley, porque nadie puede morir parte testado y parte intestado; y así ni aun el testador puede prohibir este derecho. En los legados nace de la presunta voluntad del testador, quien se supone que quiso dejar la parte vacante mas bien á aquel á quien legó la misma cosa, que no al heredero de quien la legó.

590. Para que tenga lugar el derecho de acrecer, es necesario: 1.° que falte el colegatario: 2.° que los legatarios sean conjuntos, esto es, llamados á una misma cosa, *l.* 1. *l.* 11. *D. de usufr. accresc.* De otra suerte se estingue el legado de la persona que falta, *l. un.* §. 2. *C. de caduc. toll.*

591. Se entiende que *falta* el colegatario si no existe en la naturaleza al tiempo de hacerse el testamento; si desprecia el legado; si muere vivo el testador; si falta la condicion, ó se hace incapaz de otro cualquier modo, *l. un.* §. 2. 3. 4. *C. de caduc. toll.*, porque si sobrevive al testador aunque sea un momento, transmite el legado á los herederos, y por tanto nada acrece á los colegatarios, *l. un.* §. 5. *C. de cad. toll. l.* 5. *pr. D. quand. dies leg. ced.*

592. Los legatarios pueden ser *conjuntos* de tres maneras: 1.° en la *cosa solamente*, *si son llamados á una misma cosa, pero en diversas proposiciones*, por lo que tambien suelen llamarse *disyuntos*, §. 8. *Inst. e. t.*, v. gr. *doy*, *lego mis*

casas á Ticio: doy, lego las mismas á Sempronio, l. 89. *D. de legat.* 3.: 2.° por *palabra solamente* los que son *llamados á una misma cosa y en una misma proposicion, pero con señalamiento de partes* (1), v. gr. *doy, lego mis casas en partes iguales á Ticio y á Sempronio, dicha l.* 89.: 3.° *juntamente en la cosa y por palabras, ó mistamente los que simple é indivisiblemente son llamados á una misma cosa en una misma proposicion*, v. gr. *doy, lego mis casas á Ticio y á Sempronio, d. l. 89. y l. 142. D. de verb. signif.*

(1) A saber, partes intelectuales, porque si el testador realmente divide la cosa entre los legatarios, ya éstos no son conjuntos, y por tanto no tienen derecho de acrecer, *l.* 1. *pr. D. de usufr. accres.*, v. gr. *doy, lego un fundo á Ticio y á Sempronio, á aquél, mas acá; á éste, mas allá del rio.*

593. Se han de observar las reglas siguientes: 1.ª si algunos legatarios estuvieren conjuntos ó por *palabras solamente ó mistamente*, la porcion del otro que falta acrece al colegatario: 2.ª si falta alguno que está conjunto en la *cosa solamente*, su porcion acrece á todos; de suerte que los conjuntos por palabras y mistamente se consideran como una sola persona, *l.* 34. *pr. D. de leg.* 1. *l. un.* §. 10. *C. de caduc. toll.*: 3.ª acrece con las cargas á los colegatarios que quieren, si estan conjuntos mistamente y por palabras solamente; pero sin las cargas á los conjuntos en la cosa solamente, y que no quieren, *l. un.* §. 10. 11. *C. de cad. toll.* (1).

(1) De aquí es v. gr. que si el testador escribiere: *doy, lego al primero el fundo Tusculano: doy, lego el mismo al segundo: doy, lego el mismo en partes iguales al tercero y al cuarto: doy, lego el mismo al quinto y al sesto*; faltando el quinto, su parte acrece con las cargas al sesto que quiere; la porcion del cuarto que falta, acrece tambien con las cargas al tercero que quiere; faltando el primero, su porcion acrece á todos, aun contra su voluntad, de suerte que reciban sin carga el segundo una tercera parte; otra tercera parte el tercero y el cuarto; y otra tercera el quinto y el sesto.

594. Puede legarse *puramente desde ó hasta cierto dia,*

bajo de condicion, demostracion, causa y modo, l. 1. *pr. D. de cond. et dem. l.* 17. *pr.* §. *ult. l.* 72. §. 6. *D. lug. cit.*

595. Se lega *puramente cuando no se suspende el legado por ningun evento*, y entonces cede y viene el dia desde que muere el testador (1), *l.* 5. §. 1. *D. quand. dies leg. ced.*, escepto el legado del usufructo, uso, habitacion, libertad (y antiguamente el de opcion), cuyos dias ceden desde que se ade la herencia, porque los legados de este género no se transmiten á los herederos, *l. un.* §. 2. *D. quand. dies usufr. leg. ced. l.* 8. *D. quand. dies leg. ced. l.* 16. *D. de opt. leg.*

(1) Se dice que *cede* el dia desde que empieza á deberse; y que *viene*, desde que puede pedirse, *l.* 213. *D. de verb. sign.*

596. Se lega tambien *hasta dia*, v. gr. *lego las casas á Mevio por el espacio de diez años*; *y desde dia* cierto ó incierto, v. gr. *lego á Sempronio un huerto diez años despues de mi muerte, ó desde el tiempo en que tuviere hijos.* En el primer caso el dia cede y viene inmediatamente desde la muerte del testador; en el segundo, el dia cede, si es cierto; pero no viene á no ser que exista, *l.* 5. §. 1. *l.* 21. *D. quand. dies leg. ced.* Si es incierto, ni cede ni viene antes que exista, *l.* 21. *l.* 22. *D. lug. cit.*, porque el dia incierto se tiene por condicion, *l.* 75. *D. de condit. et demonstr.*

597. Acerca del legado *condicional* se debe observar lo que digimos en el §. 508. *y sig.* En este legado no cede ni viene el dia antes de cumplirse la condicion, *l.* 5. §. 2. *D. quand. dies leg. ced.*, por lo cual ni este legado se transmite á los herederos si el legatario muere antes de cumplirse la condicion (lo que no sucede en los contratos), ni el legado se adquiere para el padre, si se cumple la condicion emancipado el hijo (lo que tampoco se verifica en los contratos), *l.* 18. *D. de reg. jur. l.* 5. §. 2. *D. quand. dies leg. ced.*

598. Se lega con *demostracion* cuando *se espresa alguna circunstancia ó cualidad de la persona ó cosa legada, para determinarla con mas certeza*, v. gr. *doy, lego á Sticho, el cual*

compré á Mevio, *l.* 34. *pr. D. de cond. et dem.* Aparece pues de aquí que la condicion designa mas bien la cosa futura, y la demostracion la cosa pasada, *l.* 34. §. 1. *D. lug. cit.* La demostracion falsa no vicia el legado, *l.* 17. *pr. l.* 34. *pr. l.* 40. §. 4. *D. lug. cit.*, como tampoco el error cometido en el nombre, §. 30. *Inst. e. t. l.* 4. *D. de legat.* 1., pues éste hace las veces de demostracion, *l.* 34. *pr. D. lug. cit.*

599. El legado de *causa se hace siempre que el testador señala la causa impulsiva*, v. gr. *doy*, *lego á Ticio porque agenció mis negocios*, §. 31. *Inst. e. t. l.* 72. §. 6. *D. de cond. et dem.* Si la causa es falsa no vicia el legado (1), §. 31. *Inst. e. t.*, á no ser que el heredero pruebe que si el testador hubiera sabido que la causa era falsa no habria hecho el legado, pues entonces tiene lugar la escepcion de dolo, *l.* 72. §. 6. *D. de cond. et dem.*

(1) El legado es á semejanza de ley; y así como ésta no deja de obligar porque sea falsa la causa que espone el legislador, así tampoco en los legados. De este modo se debe entender lo que dice Papiniano, esto es, que el motivo de legar no tiene conexion con el legado, *l.* 72. §. 6. *D. de condit. et demonstr.*

600. El legado de *modo se hace siempre que se espresa el fin para que se lega*, v. gr. *doy*, *lego á Ticio para que reedifique sus casas*, *l.* 17. §. *ult. D. lug. cit.*

601. En este legado cede y viene el dia inmediatamente con tal que el legatario preste caucion de que cumplirá el modo (1), *l.* 40. §. *ult. l.* 80. *D. lug. cit.*

(1) Lo mismo sucede si la herencia ó el legado se hubieren dejado bajo de condicion negativa, pues ésta no suspende la herencia ó el legado, si el heredero ó legatario caucionan que cumplirán la condicion, cuya caucion se llama Muciana de su inventor, *l.* 7. *pr. D. de cond. et dem.* Lo contrario se observa en las estipulaciones celebradas bajo de condicion negativa, pues esta las suspende hasta la muerte, produciendo el mismo efecto que si se hubiera estipulado dar la cosa cuando uno muriese, §. 4. *Inst. de verb. oblig.* Esta caucion tampoco se admite en las convenciones. *Cuyac. Obs. lib.* 14. *cap.* 37.

602. No valen los legados *captatorios*, v. gr. *lego mil á Ticio si él me legare otro tanto*, *l.* 64. *D. de leg.* 1.; pero sí se sostienen los legados dejados *por via de pena*, á no ser que se imponga al heredero alguna cosa torpe, v. gr. *si mi heredero no matare á Seyo*, *le condeno á que dé mil á Mevio*; de otra suerte, manda Justiniano que valgan como condicionales, §. *ult. Inst. e. t.*, véase á Bynkershoek, *Ejerc. sobre los legados dejados por via de pena*, y el *lib.* 2. *tit.* 20. §. 14. *de nuestras antigüed. roman.*

603. Cediendo inmediatamente el dia de los legados puramente dejados, se sigue que puedan pedirse con los frutos, accesiones y usuras debidas desde el tiempo de la mora, *l.* 39. §. 1. *D. de leg.* 1. *l.* 42. *D. de usur.*: 1.º con la *vindicacion de la cosa* si se lega la especie propia del testador, pues esta accion nace del dominio, *l.* 23. *pr. D. de rei vind.*, el cual pasa al legatario inmediatamente despues de la muerte del testador, *l.* 80. *D. de leg.* 2.: 2.º con la *accion personal del testamento*, porque adiendo el heredero la herencia, se juzga que cuasi contrae con los legatarios, §. 5. *Inst. de oblig. quæ quasi ex contr.*: 3.º con la *accion hipotecaria*, porque los bienes hereditarios estan hipotecados tácitamente á los legatarios y fideicomisarios, *l.* 1. *C. comm. de legat.*

TÍTULO XXI.

Revocacion de los legados.

604. Pudiendo el hombre variar su voluntad hasta la muerte, es claro que puede revocar los legados y fideicomisos, y transferirlos á otros; y pudiendo los legados dejarse sin solemnidad, se sigue que tambien puedan *quitarse y transferirse sin ella*, *pr. Inst. e. t.*

605. *Quítanse* los legados *siempre que el testador no quiera que se dé al legatario lo que le dejó*; y esto se hace, ó *ipso jure*, ó por medio de *escepcion*.

606. *Ipso jure* se quitan los legados ó por *palabras* ó por *hechos*. Por *palabras*, *si el testador dice en el testamento*

ó en el codicilo que ya no da ni lega lo que dió y legó á Ticio, *pr. Inst. e. t.* Por *hechos*, como si *borrare la cláusula que contiene el legado*, *l.* 16. *D. e. t.*, *destruyere la cosa legada*, *l.* 65. §. 2. *D. de legat.* 1., *la diere otra forma*, *de suerte que no pueda reducirse á su primera especie*, *l.* 88. §. 2. 9. *de legat.* 3., *la donare*, *vendiere ó enagenare de otro modo sin necesidad*, *ó exigiere el legado de nombre*, §. 12. *y* 21. *Inst. e. t.*

607. Quítanse *por medio de escepcion*, *siempre que existen claras señales de haberse mudado la voluntad*, como si hubiere habido enemistad capital entre el testador y el legatario, y no se hubieren reconciliado, *l.* 3. §. *ult. l.* 4. *D. e. t.*, ó si el testador contrariare su voluntad delante de dos testigos, ó en una cédula, *l.* 13. *D. e. t. l.* 27. *C. fideic.*

608. *Transfiérense los legados*: 1.° mudando el legatario, v. gr. *doy*, *lego á Mevio el fundo que habia legado á Ticio* (1): 2.° mudando la persona de quien se lega, v. gr. el fundo que yo habia legado á Ticio de los bienes de Seyo heredero, ahora lo doy y lego de los de Sempronio: 3.° mudando el mismo legado, v. gr. en lugar del fundo que habia legado á Ticio, le doy y lego mil: 4.° mudando el modo de legar, v. gr. el fundo que habia legado puramente á Ticio, lo lego al mismo con la condicion de que se mude á esta ciudad, §. 1. *Inst. l.* 6. *D. e. t.*

(1) El nombre de éste se debe espresar necesariamente, pues de otra suerte no habria traslacion de legado, sino que Ticio y Mevio se tendrian por colegatarios, *l.* 33. *pr. D. de leg.* 1.

609. La traslacion que se hace mudada la persona del legatario, siendo á la vez revocacion del legado y constitucion de otro nuevo, *l.* 5. *D. e. t.*, claramente se sigue, que para ésta se necesitan cinco testigos, pues de otra manera el legado se revoca, pero no pasa al legatario posterior, y así ninguno de los dos le tomará.

510. Estínguense algunas veces los legados sin la voluntad del testador, como sucede si muerto el legatario antes que el testador, no tenga ningun colegatario conjunto, *l. un.* §. 2. *C. de cad. toll.* Si muriere antes de cumplirse la condicion, *l.* 5. §. 2. *D. quando dies leg. ced.* Si la cosa agena legada llegare al legatario por título lucrativo antes de la muerte del testador, §. 6. *Inst. de legat.* Si pereciere la cosa legada sin culpa del heredero, §. 16. *Inst. de legat.* Si el testamento fuere nulo, roto, írrito, *l.* 17. *D. de injust. rupt. irr.*, mas no resciso, *Nov.* 115. *cap.* 3. §. *ult.* Si faltare la condicion, *l.* 3. *l.* 27. *al fin. D. de cond. Inst.*

611. Algunas veces se tienen tambien los legados por *no escritos*; y otras se *quitan* por el fisco á los legatarios como *indignos.* Véase el Digesto, *lib.* 34. *tit.* 8. *y siguientes.*

TÍTULO XXII.

Ley Falcidia.

612. Pertenece tambien á los legados la *ley Falcidia* publicada á los 713 *F. R.* por *P. Falcidio*, tribuno de la plebe, siendo cónsules *Cn. Domicio, M. F. Calvino* y *C. Asinio Polion*, (*Dio. Cas. lib.* 48.). Por ella se mandó que ninguno pudiese legar mas de la novena parte de sus bienes, y que si legase mas, el heredero pudiera retener tanto, cuanto fuera suficiente para que le quedase íntegra la cuarta parte de la herencia, *Cayo Inst. lib.* 2. *tit.* 8. *l.* 1. *pr. D. e. t.*

613. Pudiendo el padre de familia legar á su voluntad segun las leyes de las doce tablas, y gravando muchas veces los testadores á los herederos con tantos legados, de suerte que apenas les quedase utilidad, *pr. Inst. e. t.*, se establecieron varias leyes en favor del heredero (1), de las cuales ninguna, á escepcion de la Falcidia, fue bastante para refrenar los escesos de los testadores, *pr. Inst. e. t. l.* 120. *D. de verb. sign.*

(1) Primeramente se estableció la *ley Furia*, por *C. Furio* tribuno de la plebe, la cual mandó que á ninguno pudiera legarse mas de mil

eses, á escepcion de los cognados y de ciertas personas, *Ulp. Fragm. tit.* 18. §. 7. Mas como esta ley solamente prohibió que se legasen mil ases á una persona, pero no que pudiera legarse á muchas la misma suma, *Voconio Saxa* tribuno de la plebe propuso á los 594 años F. R. una nueva ley, por la cual se mandó que ninguno legase á otro mas de lo que dejaba al heredero ó herederos; pero como todavía éste solamente tomase una mínima parte de la herencia, y rehusase adirla por la poca ó ninguna utilidad que le resultaba, no pudo menos que haber muchos testamentos destituidos, quedando ilusorias las leyes establecidas á este fin, *pr. Inst. e. t.*

614. En virtud pues de esta ley debe quedar al heredero íntegra la cuarta de los bienes; y si no le queda, debe sustraer á prorata de los legatarios lo suficiente para completarla.

615. Por tanto, el heredero gravado, si es testamentario, deduce la cuarta parte segun la mente de la ley, y si no es gravado, segun la interpretacion del emperador *Pio*, *l.* 18. *pr. D. e. t.* De aquí se sigue que si hay muchos coherederos, la Falcidia tiene lugar en cada uno de ellos, §. 1. *Inst. e. t. l.* 77. *D. lug. cit.* Que si de dos instituidos la porcion del uno se consume en legados y la otra no, y llega el caso en que falta uno de los coherederos, entonces puede sustraerse la cuarta si la porcion gravada acrece á la no gravada, mas no si ésta acrece á aquélla, *l.* 78. *l.* 87. §. 4. *D. e. t.* Que el beneficio de la cuarta no se concede á los legatarios y fideicomisarios por mas gravados que esten, *l.* 47. §. 1. *D. e. t.*

616. Debiendo quedar al heredero íntegra la cuarta de los bienes, se infiere que para sustraerla debe atenderse á los que dejó el testador al tiempo de su muerte, §. 2. *Inst. e. t. l.* 56. *pr. D. lug cit.*; y por tanto, ni el aumento ni la diminucion que tengan despues de ella aprovecha ó daña á los legatarios, *l.* 73. *pr. D. lug. cit.* Que no se saque la cuarta sin deducir primero las deudas (pues sin esta deduccion se supone que no hay bienes, *l* 39. §. 1. *D. de verb. sign.*), los gastos del funeral, el precio de los siervos manumitidos, y las impensas hechas en tomar la herencia, §. 3. *Inst. l.* 29. *C. e. t. l. ult.* §. 9. *C. de jur. delib.* Que no

se compute en esta cuarta sino lo que recibe el heredero en virtud de la institucion (1), *l.* 74. *l.* 76. *D. e. t.*

(1) Lo contrario sucede en los fideicomisos, pues en la cuarta Trebeliánica todo se computa.

617. Como los legados y los fideicomisos estan enteramente equiparados, la cuarta se sustrae tambien de los fideicomisos particulares, *l.* 18. *pr. D e. t.*, y por interpretacion se estiende aun á los donatarios *mortis causa*, *l.* 5. *C. e. t.*, mas no á los *entre vivos.* Esceptúanse sin embargo las donaciones que los cónyuges se hacen entre sí, *l.* 12. *C. e. t.*

618. La Falcidia no tiene lugar en la dote legada por el marido á la muger, *l.* 81. §. 1. *D. e. t.*; en el testamento del soldado (no veterano), porque está exento de las leyes que arreglan la testamentifaccion, *l.* 17. *l.* 92. *l.* 40. *D. l.* 7. *C. e. t.*; en los bienes que el testador prohibe enagenar, *Autent. sed et in ea re C. e. t.*; en los que el heredero comete dolo, *l.* 24. *D. e. t.*; en los legados de causas piadosas, *Nov.* 131. *cap.* 12.; en la libertad legada, *l.* 33. *l.* 34. *l.* 43. *D. e. t.*; si el testador prohibe espresamente la sustraccion de la cuarta (1), *Nov.* 1. *cap.* 2. §. 2.; si muerto el testador prometiere el heredero dar íntegros los legados, *l.* 46. *l.* 71. *D. l. ult. C. e. t.*; ó los diere á sabiendas ó por ignorancia, *l.* 9. *C. lug. cit.*; si el heredero hace dolosamente alguna cosa con el objeto de destruir el fideicomiso, *l.* 59. *pr. l.* 68. §. 1. *D. e. t.*; si el testador diere en vida al heredero la cuarta ó su equivalente, *l.* 56. §. *ult. l.* 91. *D. e. t.*; y finalmente, si el heredero no hiciere inventario, *l. ult.* §. *penult. C. de jur. deliber.*

(1) Justiniano dispuso esto contra la razon de la ley Falcidia, la cual no solamente se estableció en favor de los testadores para que sus testamentos no quedasen destituidos, sino tambien en favor de los herederos para que no tomasen la herencia sin utilidad, *l.* 71. *D. e. t.* Mas Justiniano prescindiendo de todas estas consideraciones, concedió á los testadores la facultad de prohibir la sustraccion de la Falcidia, *l.* 15. §. *ult. D. e. t.*

TÍTULO XXIII.

Herencias fideicomisarias y senadoconsulto Trebeliano.

619. Los fideicomisos, que segun se ha dicho *se dejan con palabras oblicuas ó precativas*, son ó *universales*, ó *singulares*. De aquéllos se trata en este título; de éstos en el siguiente. Los primeros son *cuando la herencia ó parte de ella se deja al instituido por título universal y con palabras precativas.*

620. Dejándose estos fideicomisos con palabras precativas, se sigue que debe haber: 1.° *fideicomitente*: 2.° *heredero fiduciario* á quien se ruegue que restituya, el cual aunque haga la restitucion, queda siendo heredero por rigoroso derecho, §. 3. *Inst. e. t. l.* 88. *D. de hæred. inst.*: 3.° *fideicomisario* á quien se restituya la herencia en virtud del fideicomiso.

621. La restitucion ó se impone *espresamente* al fiduciario, v. gr. *sea Ticio heredero, mas le ruego que restituya la herencia á Sempronio*; ó se juzga impuesta *tácitamente*, como si digere el testador: *ruego al heredero que no enagene la herencia, sino que la deje á la familia*, *l.* 69. §. 3. *D. de leg.* 2.; *ó ruego que no haga testamento hasta que no tenga hijos*, *l.* 74. *pr. D. ad SC. Treb.*; *ó ruego que nombre á Seyo por heredero en su testamento*, *l.* 17. *pr. D. lug. cit.* De aquí es que los fideicomisos son ó *espresos* ó *tácitos*.

622. Dejándose de este modo la herencia ó parte de ella por título universal, se sigue que puedan hacer fideicomisos los que pueden testar, *l.* 2. *D. de legat.* 1. Que pueda gravarse con fideicomisos á todos los herederos, ó á quienes llega la herencia ó alguna parte de ella, *l.* 1. §. 17. *D. ad SC. Trebell. l.* 9. *C. de fideic.*, y que lo mismo pueda hacerse respecto de los fideicomisarios, §. 11. *Inst. e. t.*; bien que los doctores restringen estas sustituciones fideicomisarias al cuarto grado segun la *Nov.* 153., la que esceptúa el caso especial en que alguno fuere heredero por medio de un impuber. Que pueda restituirse el fideicomiso á aquellos que tienen testamentifaccion (1), *l.* 67. §. 3. *D. ad SC. Trebell.*

(1) Esto es, por derecho nuevo, pues los fideicomisos se dejaban antiguamente á los que no podian tomar nada en virtud del testamento, §. 1. *Inst. e. t. Ulp. Fragm. tit.* 25. §. 16. Se hallan egemplos en *Cic. de finib. lib.* 2. *cap.* 58. Quintil. *Declam.* 324. Val. Max. *lib.* 4. *cap.* 2. §. 7.

623. Pudiendo gravarse con fideicomisos á los herederos y á quienes llega la herencia ó parte de ella, se sigue que los fideicomisos no solamente se pueden dejar en *testamento*, sino tambien *abintestato*, §. 10. *Inst. e. t.* (pues el testador bastante honró á los herederos legítimos con no haberlos escluido, *l.* 1. §. 6. *D. de legat.* 3. *l.* 8. §. 1. *D. de jur. codicill.*), y por lo mismo, delante de cinco testigos, á no ser que el enfermo deje de palabra al heredero el fideicomiso, en cuyo caso vale aun sin testigos, pudiendo, prévio el juramento de calumnia, deferirse al del fiduciario; y si rehusare prestarlo, está obligado á pagar, §. *ult. Inst. e. t.*

624. Imponiéndose la restitucion al heredero fiduciario, se infiere que la herencia pueda dejarse por medio de fideicomiso no solamente *pura y bajo de condicion*, sino tambien *desde dia cierto*, §. 2. *Inst. e. t.*; porque así no muere el testador parte testado y parte intestado. Esto no es lícito en la institucion directa.

625. Como los fideicomisos se dejan con palabras precativas, y no producen obligacion á menos que haya promesa, infirieron los antiguos que el heredero fiduciario no estaba obligado á entregar el fideicomiso por ningun vínculo de derecho, sino solamente por decoro, §. 1. *Inst. e. t. Ulpian. Fragm. tit.* 25. §. 1.

626. Pero manejándose los fiduciarios á veces con probidad, á veces con perfidia, Augusto mandó que estuviesen obligados á entregar los fideicomisos, y al efecto re-

vistió á los cónsules de la facultad de compeler á los herederos fiduciarios. Inducido de las mismas razones, Claudio nombró despues dos pretores fideicomisarios, de los cuales Tito suprimió uno, §. 1. *Inst. e. t. pr. Inst. de codicill. l.* 2. §. 31. *D. de orig. jur. Sueton. Claud. cap.* 23.

627. Como el heredero fiduciario queda siendo heredero por estricto derecho, aunque restituya la herencia, y por lo mismo obligado á pagar todas las deudas, siendo muchas veces compelido á restituir toda la herencia, resultaba lo que digimos que acontecia en los legados; esto es, que los herederos no quisiesen adir las herencias que debian restituir, en razon del corto ó ningun lucro que les quedaba, y de su responsabilidad hácia los acreedores, *l.* 1. §. 3. *D. ad SC. Trebell.*

628. En consecuencia de esto se estableció en tiempo de Neron (1) el senadoconsulto Trebeliano, por el cual se mandó *que si la herencia se restituía en virtud del fideicomiso, todas las acciones que por derecho civil competiesen al heredero ó contra el heredero, se diesen á aquel y contra aquel á quien se habia de restituir la herencia en virtud del fideicomiso*, §. 4. *Inst. e. t.*

(1) El 25 de agosto del año 814 F. R., siendo cónsules *L. Anneo Séneca* y *Trebelio Máximo*, *l.* 1. *pr. D. ad SC. Trebell.* Se debe advertir, que este senadoconsulto no prohibió el que las acciones pudieran establecerse directamente contra el heredero fiduciario, sino que solamente le concedió escepcion para el caso en que se estableciesen, *l.* 1. §. 4. *D. ad SC. Trebell. l.* 1. §. 8. *D. quando de pecul. act. ann. est.*

629. Mas por cuanto ni aun así reportaba todavía el heredero ninguna utilidad, y la mayor parte de los fideicomisos se estinguian por falta de adicion, el senadoconsulto Pegasiano, publicado en tiempo de los cónsules *Vespasiano*, *Pegaso* y *Pusion*, mandó *que el heredero fiduciario restituyese la herencia, y que pudiese retener la cuarta así como se hace en los legados segun la ley Falcidia*, §. 5. *Inst. e. t.*; *y que si despreciando esta utilidad no quisiese adir, se le compeliera á adir y á restituir*, §. 6. *Inst. e. t.*

630. Por tanto, aquel á quien quedaba íntegra la cuarta, restituía la herencia en virtud del senadoconsulto Trebeliano, dándose entonces las acciones hereditarias contra uno y otro á prorata de lo que les tocaba; mas aquel á quien no quedaba íntegra la cuarta, restituía la herencia, sustrayendo dicha cuarta segun el senadoconsulto Pegasiano, y comprometiéndose á pagar las deudas á prorata de lo que le tocase, §. 6. *Inst. e. t.*

631. Pero Justiniano refundió de tal manera uno en otro, que sin hacer mencion del senadoconsulto Pegasiano todo lo refirió al senadoconsulto Trebeliano, §. 7. *Inst. e. t.*

632. Síguese de aquí que el fiduciario (1) á quien no queda salva la cuarta parte de la herencia, llamada antes Pegasiana y hoy Trebeliánica, siempre puede retenerla, ó reclamarla si la ha pagado por error de hecho, §. 7. *Inst. e. t.*, incluyendo en ella todo lo que por cualquier título hubiere recibido del difunto, y aun los frutos de los bienes percibidos antes de la restitucion, *l.* 18. §. 1. *l.* 22. §. 2. *D. ad SC. Trebell.* Lo contrario sucede en la cuarta Falcidia.

(1) El fideicomisario á quien se ruega que restituya á otro la herencia que ha recibido del fiduciario, no puede hacer esta sustraccion, *l.* 22. §. *ult. l.* 55. §. 2. *D. ad SC. Trebell.*

633. Síguese de aquí que hoy las obligaciones tanto activas como pasivas se dividen á prorata entre el heredero fiduciario y el fideicomisario, §. 7. *Inst. e. t. l.* 1. *C. de SC. Trebell.*

634. Infiérese tambien que hoy el heredero fiduciario puede ser compelido á adir y á restituir, §. 7. *Inst. e. t. l.* 4. *D. ad SC. Trebell.*

635. Habiéndose inventado la cuarta Trebeliánica á egemplo de la Falcidia, §. 5. *Inst. e. t.*, cesa casi en los mismos casos en que ésta, á saber: 1.° en el testamento militar, *l.* 7. *C. ad leg. Falcid.*: 2.° si el testador la prohibiere espresamente, *Nov.* 1. *cap.* 2. §. 2.: 3.° si el heredero restituyere toda la herencia por ignorancia de derecho, *l.* 9. *C. ad leg. Falcid.*: 4.° si no hiciere inventario: 5.° si

le quedare salva la cuarta á juicio del testador, §. 9. *Inst. e. t.* A estos modos se debe añadir una causa propia de los fideicomisos, á saber: 6.° si fuere compelido á adir la herencia, §. 7. *Inst. e. t.*

TÍTULO XXIV.

Fideicomisos singulares.

636. Llámanse fideicomisos *singulares aquellos en que se dejan cualesquiera cosas singulares por título singular y con palabras precativas*, *pr. Inst. e. t.*

637. Aunque los legados y los fideicomisos se diferencian en la fórmula de las palabras, en los efectos estan enteramente equiparados; y por lo mismo, se debe entender aquí todo lo que digimos en el título de los legados.

638. Sin embargo, quedaron algunas diferencias, á saber: 1.° legada la libertad á un siervo, inmediatamente la adquiere, y así no debe al heredero ningun derecho de patronato; mas legada la libertad por medio de fideicomiso, el siervo la recibe del heredero, y por lo mismo debe á éste los derechos de patronato, §. 2. *Inst. e. t.*: 2.° los legados no se pueden dejar sin la concurrencia de cinco testigos; mas los fideicomisos dejados aun sin testigos se deben, si pueden probarse, ó si se defiere al juramento, declarando que el testador encargó el fideicomiso á alguno de los presentes, *l. ult. C. de fideicomiss.*

TÍTULO XXV.

Codicilos.

639. Las herencias solo pueden dejarse en testamento; mas los fideicomisos generales y particulares y los legados, aun en *codicilos*. Éstos no fueron antiguamente otra cosa

que cartas; cuya palabra se aplicó principalmente á las escritas entre presentes. Así lo dicen Ciceron, Séneca y otros.

640. Los moribundos escribian muchas veces á sus herederos estos codicilos en forma de cartas (1), mandándoles que dieran ó hicieran alguna cosa, *l.* 56. *D. de fideic. libert. l.* 37. §. 2. *D. de legat.* 3. *l.* 30. §. 1. *D. de adim. vel transfer. legat.*

(1) En derecho se llaman comunmente *cartas*, *l.* 89. *pr. D. de legat.* 2. *l.* 41. §. 2. *D. de legat.* 3.; y cartas fideicomisarias en la *l.* 7. *C. qui testam. fac. poss.*

641. Estas cartas no eran antiguamente mas obligatorias que los fideicomisos. Mas por causa de *L. Léntulo* (1), en cuya persona empezaron tambien los fideicomisos, se dió á los codicilos fuerza legal. Augusto, siguiendo el dictámen de Trebacio Testa, estableció que si alguno no podia testar, pudiera sin embargo codicilar; y como despues de esto Labeon hizo codicilos, ya no quedó ninguna duda en que las leyes los sostenian, *pr. Inst. e. t.*

(1) Consta que este *L. Cornelio Léntulo*, á quien unos impropiamente llaman *Cosso* y otros *Cneo*, fue cónsul junto con *M. Valerio Messalino* á los 751 años *F. R.*, y despues gobernador de África en calidad de proconsul.

642. Son pues los *codicilos una voluntad menos solemne de los que mueren con testamento ó sin él*, §. *ult. Inst. e. t.*

643. Dícese que son *última voluntad*, y por esto son ó *escritos* ó *nuncupativos*, *l.* 13. *C. de SS. eccles. l. ult.* §. *ult. C. e. t.*, y tambien hechos ó *testado* ó *abintestato*, §. 1. *Inst. e. t.*, de los cuales éstos subsisten por sí solos, *l.* 3. *pr.* §. 2. *l.* 8. *pr.* §. 1. *D. e. t.*; mas aquéllos se invalidan ó sostienen con el testamento, *l.* 3. §. *ult. l.* 16. *D. e. t.*

644. Como es una voluntad menos solemne, se dispensan casi todas las solemnidades internas y esternas. De aquí es que puede hacer codicilos el que puede testar, *l.* 6. §. 3. *l.* 8. §. 2. *D. e. t.*; pero ninguno puede instituir directamente heredero en ellos, ni desheredar ni sustituir, §.

2. *Inst. l.* 6. *pr. l.* 10. *D. l.* 2. *C. e. t.*, aunque sí dejar fideicomisos, legados, donaciones *mortis causa*, &c.

645. Una misma persona puede tambien hacer muchos codicilos, con tal que no se contraríen entre sí, §. 3. *Inst. l.* 6. §. 1. *D. l.* 3. *C. e. t.*, mientras que ninguno, á menos que sea militar, no puede morir con dos testamentos.

646. Tampoco se exige ninguna solemnidad en cuanto al modo de hacerlo, §. 3. *Inst. e. t.*, pues basta la *unidad de acto*, *l. ult. C. e. t.*, y la presencia de *cinco testigos* aunque carezcan absolutamente de testamentifaccion como las mugeres, y aunque no sean rogados (1), *l.* 20. §. 6. *D. qui test. fac poss. l. ult.* §. *ult. C. e. t.*

(1) En cuanto á las mugeres disienten Vinnio en el §. 6. *Inst. de testam. ord.*, y Henr. Bern. Reinold. *Var. cap.* 8. Pero como antiguamente no eran los testigos mas necesarios en los codicilos que en las cartas, segun se infiere de la *l.* 89. *pr. D. de legat.* 2. y *l.* 77. §. 23. *D. lug. cit.*, ni los cinco testigos que se exigieron despues fue por via de solemnidad ó de órden, sino de prueba; es claro que el testimonio de las mugeres es válido. *Arg. l.* 20. §. 6. *D. qui test. fac. poss. l.* 18. *D. de test.*

647. Los codicilos suelen tambien agregarse al testamento solemne cuando se les inserta la *cláusula codicilar: si el testamento no valiere como testamento, quiero que valga como codicilo*, *l.* 41. §. 3. *D. de vulg. et pup. subst. l.* 3. *al fin. D. de test. mil.*

648. Entonces este testamento inválido en razon de las solemnidades esternas se sostiene como fideicomiso, *l.* 29. §. 1. *D. qui testam. fac. poss.*, con tal que hayan firmado cinco testigos. Pero se debe advertir que esta cláusula no suple el defecto de las solemnidades internas; v. gr. la preterición de los hijos, ni el defecto en el estado ó voluntad del testador, ni el defecto de la herencia no adida, *l.* 3. *D. de vulg. et pupill. subst. l.* 25. *D. qui test. fac. poss.*

LIBRO TERCERO.

TÍTULO PRIMERO.

Herencias abintestato.

649. Cuando no existe testamento, ó éste se invalida, tiene lugar la *sucesion legítima abintestato.*

650. El modo de esta sucesion por derecho antiguo fue diferente del de la sucesion por derecho nuevo segun la *Nov.* 118. Despues que espongamos brevemente la historia del derecho antiguo, trataremos estensamente del modo nuevo de suceder.

651. El fundamento de la sucesion antigua fue la conservacion de las familias. Éstas se consideraron como cierta corporacion, de la que siendo el padre de familia el príncipe, los hijos y los agnados gozaban del derecho de un *dominio comun*. Por tanto solamente sucedian aquellos que eran parte de la familia, mas no los emancipados ni cognados.

652. Siendo los *herederos suyos* los mas próximos en la familia, y considerándose en vida del padre como dueños y *herederos per se*, estableció la ley de las doce tablas *que si muere intestado alguno que no tenga heredero suyo, el agnado próximo tenga la familia*, *l.* 9. §. 2. *D. de lib. et postum. Ulpian. Fragm. tit.* 26. §. 1.

653. Eran pues herederos primeramente los *hijos suyos* (1) así naturales como adoptivos, §. 2. 7. *Inst. e. t.*, y los próximos en grado sucedian en cabeza, y los mas remotos en estirpe, §. 6. *Inst. e. t.*; mas no los emancipados ó emancipadas, §. 9. *Inst. e. t.*, á quienes el pretor

llamaba por equidad á la posesion de los bienes con el edicto *unde liberi*, §. 9. *Inst. e. t. l.* 1. §. 7. 9. *l.* 2. 4. *D. unde liberi.*

(1) Y tambien las mugeres que pasaban á la potestad del marido, pues se tenian en lugar de hijas de familia, y participaban de los bienes y dioses del marido. *Dionis. Halic. lib.* 2.

TÍTULO II.

Legítima sucesion de los agnados.

654. Siendo los agnados de la misma familia y nombre, la ley de las doce tablas llamaba, no existiendo hijos, á los *próximos agnados.*

655. De lo que se seguia que solamente sucediesen los agnados, mas no los cognados; y entre aquéllos los varones in infinitum y las hembras, hasta las hermanas, §. 3. *Inst. e. t.*; bien que el pretor llamaba á las mas remotas con el edicto *unde cognati*, §. 3. *Inst. e. t.* Que los agnados naturales tuviesen el mismo derecho que los adoptivos, §. 2. *Inst. e. t.* Que el mas próximo siempre escluyese al mas remoto, y por tanto no tenia lugar el derecho de representacion, ni repudiando el mas próximo se admitia el mas remoto, §. 5. §. 7. *Inst. e. t.*; pero el pretor llamó despues á éstos por el edicto *unde cognati*, y Justiniano los admitió de pleno derecho, §. 7. *Inst. e. t.*

656. El padre no sucedia á su hijo, porque el hijo de familia no tenia nada propio por derecho antiguo. Así no sucedia al emancipado como agnado, sino por derecho de patronato como manumisor del hijo, §. *ult. Inst. e. t.* La madre, como no se contaba entre los agnados, no sucedia á los hijos, ni tampoco éstos á la madre, *pr. Inst. de SC. Tertull.*; mas el pretor llamó despues á unos y otros, primeramente por el edicto *unde cognati*, y despues por los Senadoconsultos *Tertuliano* y *Orphiciano.*

TÍTULO III.

Senadoconsulto Tertuliano.

657. Mandóse por el Senadoconsulto *Tertuliano* en tiempo del emperador Adriano que la madre (no la abuela) ingenua que tiene derecho de tres hijos, y la libertina de cuatro, fuese admitida abintestato á la sucesion de los bienes de los hijos ó hijas, ya legítimos, ya de padres inciertos, con tal que si la madre estuviese en poder de alguno adiera por su mandato, §. 2. *y* 7. *Inst. e. t. l.* 2. *pr.* §. 1. *sig. D. e. t. Ulpian. Fragm. tit.* 26. *Paul. Sent. recept. lib.* 4. *tit.* 9.

658. Por tanto no sucedian todas las madres, sino las que tenian derecho de hijos, ni sucedian á todos los hijos sino á los intestados que no dejaban hijos, pues éstos preferian á la madre, §. 3. *Inst. e. t.*; ni tampoco siempre, sino en falta de los mas cercanos. Eran preferidos á la madre los nietos del hijo ó hija difuntos, el padre, los hermanos de padre y madre y consanguíneos, mas no las simplemente hermanas, las cuales se admitian junto con la madre y con los hermanos consanguíneos, §. 3. *Inst. e. t.* Justiniano alteró esto, pues aunque la madre tuviese pocos ó ningunos hijos, era admitida junto con los hermanos y hermanas del difunto; con aquéllos en la parte viril, con éstas en la mitad, §. 4. 5. *Inst. e. t.*

TÍTULO IV.

Senadoconsulto Orphiciano.

659. Sucediendo la madre á los hijos, pareció justo que éstos sucediesen á aquélla, porque los derechos de la sucesion regularmente son recíprocos, *l.* 11. *C. de legit. hæredit.*

660. Y así se mandó por el Senadoconsulto *Orphiciano* en el año 931 F. R. siendo cónsules *Vetio y Juliano Rufo y Cornelio Scipion Orphito*, pues el senado juzgó que la herencia legítima de la madre ingenua ó libertina se diese abintestato así á los hijos legítimos como á los de padres no conocidos, aunque sujetos á la potestad de otro, *pr. y* §. 4. *Inst. e. t. l.* 1. *pr.* §. 1. *sig. l.* 6. §. 1. *D. ad SC. Tertull.*; cuyo derecho no se estinguia ni aun por la capitis diminucion, §. 2. *Inst. e. t.*

661. Esto se estendió despues por las constituciones de los príncipes á los nietos y nietas, §. 1. *Inst. e. t.*

TÍTULO V.

Sucesion de los cognados.

662. A falta de agnados eran llamados por la ley de las doce tablas los gentiles, mas no los cognados. Ella mandó: *que si no habia agnado, los gentiles tuviesen la familia. Ulpian. Fragm. tit.* 26. §. 1. *Cic. orad. lib.* 1. *cap.* 38. En la nota del §. 210. digimos quiénes eran gentiles.

663. Pero el pretor á falta de agnados llamó á la sucesion, por el edicto *unde cognati*, aun á los cognados del séptimo grado; esto es, á los que tienen el parentesco por línea femenina, entre los cuales se numeran los agnados que han padecido capitis diminucion mínima, y los hijos de padres no conocidos, *pr. y* §. 1. *Inst. e. t.*

TÍTULO VI.

Grados de los cognados.

664. Dándose esta posesion de bienes hasta un grado determinado, Justiniano trata aquí de la computacion de

los de la cognacion; pero ya hemos esplicado esto en el título de las nupcias (1). Véase el §. 147. *y sig.*

(1) Aquí solamente se debe observar, que en las sucesiones no tiene lugar la diferencia de línea igual y desigual que se hace segun la computacion canónica. Véase una escepcion en *Felmet. de feud. cap.* 8. §. 1.

TÍTULO VII.

Cognacion servil.

665. Aunque la cognacion servil fuese impedimento para las nupcias, sin embargo no tenia lugar en las sucesiones, á pesar de que el cognado ó cognada de condicion servil fuesen manumitidos, *pr. Inst. e. t. l. ult.* §. 5. *D. de grad. et adfin.* De aquí fue v. gr. que la esclava manumitida con hijos, no sucediese á éstos por el Senadoconsulto Tertuliano, ni que fuese llamada á la posesion de los bienes por el edicto *unde cognati*.

666. Mas Justiniano estableció por una constitucion que ya no existe (1), que los padres sucediesen á los hijos, y los hijos á los padres despues de la manumision; y que prefiriesen á los patronos, á semejanza de la sucesion admitida entre padres é hijos legítimos, *pr. Inst. e. t.*

(1) Sin embargo, Cuyacio, *Obs. lib.* 20. *cap.* 34, restituyó parte de esta constitucion de los antiguos pergaminos, y parte de las Basílicas.

TÍTULO VIII.

Sucesion de los libertos.

667. Haciendo el patrono respecto del liberto las veces de padre, ó de agnado, era consiguiente que aquél sucediese á éste.

668. Acerca de lo cual mandaron las leyes de las do-

ce tablas: *que si moria intestado el liberto que no tenia heredero suyo, pero existia patrono ó hijos de éste, los bienes de esta familia se diesen al mas próximo de ella, Ulp. Fragm. tit.* 27. §. 1. *y tit.* 29. §. 1.

669. Sucedian pues el patrono, y muerto éste antes, sus hijos próximos que sobreviviesen, cesando aquí el derecho de representacion, *Ulpian. lug. cit. Paul. Sent. rec. lib.* 3. *tit.* 2. §. 1. *l.* 23. §. 1. *D. de bon. libert.*; y como esta sucesion era abintestato, el patrono era legítimamente escluido por el testamento del liberto; pero solo en el caso que éste no dejase herederos suyos, §. 2. *Inst. e. t. Ulp. tit. ult.* §. 1.

670. Escluido el patrono en el testamento, el pretor le daba la posesion de los bienes contra las tablas hasta la mitad de la herencia, con tal que el liberto no dejase hijos naturales, §. 1. *Inst. e. t. Ulpian. lug. cit.* §. 1. 3. Si existian adoptivos, y el liberto moria intestado, tambien daba la posesion de la misma mitad de los bienes, §. 1. *Inst. e. t.*

671. Despues se mandó por la ley Papia Poppea, que si el liberto testado ó intestado dejase cien mil sestercios y menos de tres hijos, se debiera al patrono la parte viril en calidad de legítima, §. 2. *Inst. e. t.*

672. Finalmente Justiniano estableció que si el liberto no era centenario (1), pudiese escluir al patrono en el testamento; pero que si moria intestado y sin hijos, el patrono fuese heredero legítimo. Que si era mas que centenario, sus hijos fuesen preferidos á los patronos; y no existiendo aquéllos, éstos heredasen abintestato; mas escluidos en el testamento, consiguiesen la tercera parte de la posesion de los bienes, ó si se les hubiese dejado menos en el testamento, el déficit se les llenase por la constitucion de Justiniano, §. 3. *Inst. e. t.*

(1) Justiniano considera centenario al que tiene un patrimonio de cien aureos. Un aureo era cien sestercios. Por tanto, reputándose como rico en tiempo de Augusto el liberto que dejaba cien mil sestercios, esto es, mil aureos; en tiempo de Justiniano tambien se tenia como tal aquel cuyo patrimonio llegaba á cien aureos, §. 3. *Inst. e. t.*

TÍTULO IX.

Asignacion de los libertos.

673. Aunque los hijos de los patronos próximos en grado sucediesen abintestato á los libertos lo mismo que los patronos, con todo, éstos podian segun el senadoconsulto publicado á los 798 años F. R. en tiempo de los cónsules *Veleyo Rufo* y *Ostorio Scapula*, *pr.* §. 3. *Inst. e. t.*, asignar en testamento ó sin él por único patrono del liberto á uno de sus hijos (1) ó nietos de cualquier sexo, §. 1. *Inst. e. t.*

(1) ¿Tambien á los emancipados? Así juzgó Modestino, *l.* 9. *D. e. t.*; mas Justiniano dice, que la asignacion se acaba si se emancipa al hijo á quien se ha asignado el liberto, §. 2. *Inst. e. t.* Ambos lugares pueden conciliarse. El padre puede asignar al emancipado; pero si asignare al hijo suyo, y despues le emancipare, parece que muda de voluntad. *Merill. Obs. lib.* 7. *cap.* 13.

674. Teniéndose por único patrono aquel que habia sido asignado al liberto, se siguió que él solamente sucediese en los bienes del liberto con esclusion de los hermanos, y muerto él, sus hijos; y que los demas hermanos no tuviesen ningun derecho en los bienes del liberto, á no ser que muriese sin hijos aquel á quien se habia hecho la asignacion, *pr. Inst. e. t.*

TÍTULO X.

Posesion de bienes.

675. Todas las acciones universales de que se ha tratado hasta aquí, nacen de las leyes civiles. Síguese la sucesion pretoria, la cual es el segundo modo universal de adquirir. Como el pretor alteró muchas cosas so pretesto

de equidad, sagazmente inventó una nueva palabra; y para que no pareciese que trastornaba las leyes de la sucesion, dijo que no daria la herencia, sino la *posesion de los bienes*.

676. Por tanto, la *posesion de los bienes* no es otra cosa, *que el derecho concedido por beneficio del pretor para perseguir y retener la herencia que no se debe por derecho civil*, *Arg. l.* 3. §. 2. *D. e. t.* Los Griegos llaman á la posesion de los bienes *sucesion pretoria*.

677. La posesion de los bienes es ó *edictal*, y se *concede sin conocimiento de causa á ciertas personas nombradas en el edicto*, *l.* 30. §. 1. *D. de adquir. hær.*, ó *decretal*, *la que se dá estraordinariamente por decreto del pretor*, *conociendo de la causa pro tribunali* (1), *l.* 2. §. 1. *D. quis ord. in bonor. possess.*

(1) Por el edicto Carboniano se dá la posesion de los bienes al impuber á quien se disputa si pertenece al número de los hijos, con tal que preste caucion y el juicio se difiera hasta la pubertad, *l.* 1. *pr. l.* 3. *D. de Carb. edict.*

678. La *edictal* se dá ó por edicto del pretor, ó por la ley, senadoconsulto, ó constitucion del Príncipe. La primera se llama *ordinaria*; la segunda *estraordinaria*, §. 3. 4. *Inst. e. t.*

679. La *ordinaria* á egemplo de la sucesion civil, ó se dá por *testamento* ó *abintestato*, *l.* 6. §. 1. *D. e. t.*; y en el primer caso, ó *segun* ó *contra las tablas*.

680. Si existe el último testamento signado á lo menos por siete testigos, el pretor dá la posesion de los bienes *segun las tablas*, *l.* 7. *l.* 9. *D. de bon. poss. sec. tab.*, á los herederos escritos en el testamento, *l.* 2. *pr.* §. 4. *D. lug. cit.* §. 1. *Inst. e. t.*; mas no á los nuncupativos, acerca de los cuales se estableció despues otra cosa, *l.* 8. §. *ult. D. l.* 2. *C. de bon. poss. sec. tab.*

681. Dábase la posesion *contra las tablas* principalmente á los hijos naturales y adoptivos emancipados no instituidos ni exheredados por el padre, sino preteridos, §. 3. *Inst. de exhær. lib. l.* 2. §. 6. *l.* 3. §. 10. *D. de bon. possess. contr. tab.*

682. *Abintestato* habia cuatro grados principales (1) de posesion de bienes. El primero nacia del edicto *unde liberi*; el segundo del edicto *unde legitimi*; el tercero del edicto *unde cognati*; el cuarto del edicto *unde vir et uxor*. §. 3. *Inst. e. t.*

(1) Antiguamente hubo mas, á saber, el edicto *unde decem personæ*; el edicto *tum qui ex familia*; el *unde patroni patronæque*, *liberi et parentes eorum*; el *unde cognati manumissoris*. Pero Justiniano abolió estas posesiones de bienes, §. 4. *Inst. e. t.*

683. Por el edicto *unde liberi*, el pretor llama á los emancipados juntamente con los suyos, á quienes las leyes civiles no concedieron derecho de suceder, §. 9. *Inst. de hæred. abintest. l.* 1. §. 7. 9. *l.* 2. *l.* 4. *D. unde liberi.*

684. Por el edicto *unde legitimi* eran llamados todos los agnados que pudiendo ser herederos segun las leyes, pedian esta posesion de bienes, §. 1. 2. *Inst. e. t. l.* 1. §. 4. *D. unde legitimi.*

685. Admítense por el edicto *unde cognati* los parientes por personas del sexo femenino, próximos en grado, que no podian suceder por derecho civil, *l.* 1. *pr.* §. 3. *l.* 2. *D. unde cognati.* En este caso se admitia el *edicto sucesorio*, por el cual, no pidiendo uno de los hijos dentro del tiempo legítimo su porcion, acrecia á los demas; no pidiendo los hijos y padres, entraban los próximos agnados con el mismo derecho de acrecer; no pidiendo éstos, los agnados mas remotos; no pidiendo éstos, los cognados, y así sucesivamente, *l.* 1. §. 11. *D. de success. edict.*

686. A falta de cognados, el pretor llamaba al marido y á la muger con el edicto *unde vir et uxor*, con tal que al tiempo de la muerte viviesen en legítimo matrimonio, §. 3. *Inst. e. t. l. un. pr. y* §. 1. *D. l. un. C. unde vir et uxor.*

687. El tiempo dentro del cual piden los hijos y los padres la posesion de los bienes, es un año útil (1); á los demas solamente se concede cien dias útiles, §. 4. 6. *Inst. e. t. l.* 1. §. 9. §. 12. *D. de suc. edict.*

(1) El derecho hace diferencia entre los años ó meses *continuos y útiles*. El tiempo continuo corre sin interrupcion, ya sean dias de fiesta ó de trabajo, *l. 7. D. quemadm. serv. amitt.*; mas en el tiempo útil solamente se numeran los dias en que estan abiertos los tribunales, y en los que el interesado puede reclamar, *l. 2. D. de divers. et temp. præscr.* De aquí es, que del año útil no solamente se rebajan los dias de fiesta, sino tambien aquellos en que uno no puede proceder por ignorancia del negocio, *l. 2. pr. D. quis ordo in possess.*

TÍTULO XI.

Adquisicion por arrogacion.

688. El padre de familia pasaba por la arrogacion á la patria potestad de otro; y como el padre por antiguo derecho adquiria indistintamente por medio del hijo, se siguió que el arrogador adquiriese de pleno derecho todas las cosas corporales é incorporales y los créditos del hijo, *§. 1. Inst. e. t.*

689. Siendo la arrogacion una capitis diminucion, fue consiguiente que no adquiriese el arrogador aquellos derechos que se estinguian por la capitis diminucion, como las obligaciones de las obras oficiales debidas al patrono, el derecho de agnacion, y antiguamente el uso y el usufructo; lo que alteró Justiniano, *§. 1. Inst. e. t. l. penult. §. penult. C. de usufr.*

690. Como las obligaciones no pasan de la persona, resultaba que el arrogador no podia ser demandado ipso jure por la deuda del hijo, *§. ult. Inst. e. t.*

691. Habiéndose alterado por las leyes modernas el derecho de adquirir por medio de los hijos, Justiniano estableció con bastante fundamento que el arrogador solamente tuviese, vivo el hijo arrogado, el usufructo de los bienes adventicios, y que pudiese ser demandado por los acreedores del hijo en nombre de éste. Si rehusase defenderle, los acreedores pueden tomar posesion de los bienes en que el padre tiene el usufructo, *§. ult. Inst. e. t.*

TÍTULO XII.

Personas á quienes se entregan los bienes á causa de libertad.

692. El cuarto modo universal de adquirir es *la entrega de los bienes con el fin de conservar las libertades*; y fue establecido por el rescripto del emperador Marco, *pr. §. 1. Inst. e. t.*

693. Cuando algun testador quebrado manumitia algunos siervos en su testamento, y ninguno queria ser heredero testamentario, era preciso vender los bienes, porque las libertades no subsistian segun los principios de rigoroso derecho, *l. 2. C. de testam. manumiss. l. 1. C. de fideic. libert.*

694. Mas el emperador Marco permitió, que á fin de sostener las libertades, se entregasen todos los bienes ó á los siervos manumitidos, ó á uno de ellos, ó á un estraño, con tal que éste prestase fianza de que pagaria á los acreedores todo lo que se les debe. Hecho esto, los siervos serán manumitidos en virtud del testamento, *§. 1. Inst. e. t. l. ult. C. de testamentar. manumiss.*

TÍTULO XIII.

Abolicion de las sucesiones que se adquirian por la venta de bienes, y por el senadoconsulto Claudiano.

695. El quinto modo universal de adquirir era la *seccion ó venta de bienes*. *Secare* (cortar, dividir) era entre los antiguos vender los bienes en venta pública, y *seccion* era la misma venta. *Bynkersh. Obs. lib. 1. cap. 1.*

696. Cuando algun deudor no tenia con que pagar, los acreedores tomaban posesion de sus bienes, y el pretor encar-

gaba á una persona que los vendiese y entregase todos al comprador, el cual debia como sucesor universal ó pagar á los acreedores todos sus créditos, ó transigir con ellos. *Teof. pr. Inst. e. t. nuestr. antigüed. rom. lib.* 2. *tit.* 18. 19. §. 11. Pero hoy, cesando la sucesion universal por medio de la venta, los acreedores toman posesion de los bienes segun el edicto, y pueden venderlos del modo que tengan por conveniente, *pr. Inst. e. t.*

697. El último modo universal de aquirir era por el *Senadoconsulto Claudiano*, cuya historia se encuentra en *Tácito Anal. lib.* 12. *cap.* 53. Este senadoconsulto mandó que la muger libre entregada al amor de un esclavo, y que amonestada tres veces aún persistia en el contubernio, se hiciese por adjudicacion del pretor esclava del amo del siervo. *Paul. Sent. recept. lib.* 2. *tit.* 21.

698. Como los siervos y las esclavas no tenian nada propio, sino que todo lo que adquirian era para los amos, es claro que todos los bienes de dicha muger pasaban al dominio del amo, §. 1. *Inst. e. t.*

699. Mas Justiniano estinguió este modo de adquirir como indigno de sus tiempos, *l. un. C. de SC. Claud. toll.* §. 1. *Inst. e. t.*

700. Tal era la sucesion antigua así civil como pretoria; pero no siendo ya hoy casi de uso alguno semejantes modos universales de adquirir, pasamos á tratar de la sucesion moderna abintestato inventada y establecida por Justiniano en la *Nov.* 118.

Sucesion abintestato segun la Nov. 118.

701. Justiniano estableció nuevas bases en la sucesion abintestato, mandando que sucediesen aquellos á quienes amó mas el difunto, segun dice Grocio que se practicó en otros pueblos, *Groc. derech. guer. y paz lib.* 2. *cap.* 7. §. 3.

702. Habiendo observado los filósofos que los ascendientes aman mas á los descendientes que éstos á aquéllos, porque cuando uno engendra á otro le considera como parte suya, pareció necesario que la sucesion *descendiese*; si no podia descender, que *ascendiese*; y si ni esto tampoco, que se estendiese hácia los *costados*, *Nov.* 118. *præf.* A falta de éstos entran los *cónyuges*, y en último caso se admite el *fisco*, el cual se consideró desde la antigüedad como padre de todos los bienes que quedaban vacantes, *Tacit. Anal. lib.* 3. *C.* 28.

703. Segun esto ya no existe diferencia entre los *suyos y emancipados, agnados y cognados*, *Nov.* 118. *cap.* 1. *y* 4.

I. Sucesion de los descendientes.

704. En primer lugar (1) suceden con esclusion de todos los *descendientes*, á saber, los *legítimamente nacidos*; los *legitimados*, los *adoptivos* y los *ilegítimos*.

(1) Junto con ellos se admite tambien el consorte pobre, §. 723.

705. Todos los hijos *legítimos* varones ó hembras suyos ó emancipados (1), son llamados por la ley á la sucesion de cualesquiera ascendientes (2) hasta el grado mas remoto, con tal que no haya quien los prefiera, *Nov.* 118. *cap.* 1.

(1) Esto deroga la ley de las doce tablas, de la que se ha hablado en el §. 652.; y por consiguiente, los emancipados ya no necesitan ni de la posesion de bienes contra las tablas, ni del edicto *unde liberi*.
(2) Segun esto, ni la madre ni la abuela materna necesitan de la sucesion del SC. Orphiciano.

706. Aunque sucedan los descendientes de cualquier grado, hay sin embargo diferencia con respecto á las partes. Los hijos de primer grado suceden *en cabezas*; los de ulterior grado *en estirpes* por derecho de representacion (1), aunque sean los únicos descendientes que sobrevivan, y no concurran hijos de primer grado, *Nov.* 118. *cap.* 1. *vers. sic. tamen.*

(1) Deben notarse estas palabras de que usa el derecho. Se sucede *en cabezas*, cuando la herencia se divide en tantas partes cuantas son las personas que han de heredar. En *estirpes*, cuando los mas remotos en grado entran á ocupar el lugar del difunto mas próximo, y por lo mismo, todos juntos toman solamente la porcion de éste. El *derecho de representacion* es una ficcion de derecho, por la cual se considera que los mas remotos vienen á ocupar el lugar del padre difunto. Asi por egemplo; si Ticio deja tres hijos y seis nietos de otro hijo ya difunto, todos suceden; pero los tres hijos *en cabezas*, esto es, tomando cada uno una cuarta parte; y los seis nietos del hijo difunto representan á éste, y por lo mismo suceden en *estirpes*, tomando todos juntos otra cuarta parte. Si solamente quedasen nietos, á saber, uno del primer hijo, seis del segundo, cuatro del terceto, y dos del cuarto, todos sucederán no segun el número de personas, sino en estirpes, dividiendo la herencia en términos que el nieto del primer hijo tome para él solo una cuarta parte; otra los seis nietos del segundo hijo; otra los cuatro nietos del tercero; y otra los dos del cuarto.

707. Si hay hijos de distintos matrimonios, todos suceden igualmente al padre comun; mas al propio solamente le heredan los hijos respectivos, dejando salvo á los hijos del primer matrimonio lo que el padre adquirió por derecho de usufructo (1), *l.* 3. §. 1. *C. de sec. nupt. Nov.* 22. *cap.* 46.

(1) Como el padre comun no tenia en estos bienes otra cosa que el usufructo, y éste se acaba por la muerte del usufructuario, se sigue que adquieren esta porcion mas bien como dueños que como herederos.

708. Los legitimados por *subsecuente matrimonio* suceden con el mismo derecho que los legítimos, §. 2. *Inst. de hær. abintest.* Los legitimados por *rescripto del Príncipe*, y que lo han sido con el objeto de heredar, solamente se admiten cuando no hay otros hijos, pues de otra suerte casi nunca se legitiman, *Nov.* 74. *cap.* 1. *Nov.* 89. *cap.* 9.; peso si la legitimacion se hiciere despues que ya el padre tiene hijos legítimos, entonces es justo que á éstos se conserve salva su legítima, *Gall. Obs. lib.* 2. *cap.* 142.

709. Los *adoptivos* de cualquier género suceden al padre abintestato con el mismo derecho que los naturales, §. 14. *Inst. de success. abintest.* §. 2. *Inst. de adopt. Nov.* 74. *y* 89.

710. Los *ilegítimos* suceden indistintamente á la madre junto con los legítimos, *l.* 2. *D. und. cognat.*, á no ser que la madre sea ilustre y el hijo espurio, pues entonces es escluido por el legítimo, *l.* 5. *C. ad SC. Orphit.* Cuando no hay muger ni hijos legítimos, los naturales entran en la herencia paterna, pero solo en la sesta parte, la cual han de dividir con la madre, *Nov.* 89. *cap.* 12. §. 4. Los adulterinos é incestuosos se consideran indignos de tomar aun los alimentos, *Nov.* 89. *cap. ult. Auth. ex complexu C. de incest. nupt.*, lo que parece que se entiende de los alimentos que se sacan de los bienes del difunto, mas no de los que manda dar el juez en vida del padre, *Hubert. prælec. á la Inst. success. abintest.* §. 8.

II. Sucesion de los ascendientes.

711. A falta de todos los descendientes la herencia de los hijos abintestato pasa á los *ascendientes.*

712. No pudiendo aplicarse á los ascendientes la definicion del derecho de representacion dada en la nota del párrafo 706, se sigue que en general el mas próximo escluye al mas remoto, *Nov.* 118. *cap.* 2.; pero que sin embargo se admite aquí la sucesion por líneas (1).

(1) Llámase sucesion por líneas aquella en que las leyes dan la mitad de la herencia á la línea paterna, y la otra mitad á la materna, *Voec. e. t.* §. 23.

713. Cuando hay hermanos ó hermanas carnales ó hijos de éstos, heredan junto con los ascendientes, *Nov.* 118. *cap.* 2. *vers. si vero.*

714. De estos principios se deduce, que si solo existen el padre y la madre, dividan la herencia del hijo en partes iguales con esclusion de los abuelos y abuelas. Que si solamente sobrevive uno de los dos, ese tome toda la herencia con esclusion de los abuelos. Que si solo existen ascendientes de grado mas remoto, sucedan por líneas; por cuya razon, si sobreviven la abuela paterna, y abuelo y abuela maternos, la herencia se dividirá en dos partes sin dife-

rencia de bienes, dándose la una á la abuela paterna, y la otra al abuelo y abuela maternos, *Nov. 118. cap. 2. vers. si autem.*

715. Infiérese tambien, que los hermanos carnales y los hijos de éstos no solamente se admiten con los padres de primer grado, sino tambien con todos los ascendientes; pero los hermanos carnales suceden en cabezas (1) lo mismo que los ascendientes; y los hijos de éstos que concurren con los hermanos carnales, heredan en estirpes por derecho de representacion, *Nov. 127. cap. 1.* Cuando los hijos de los hermanos carnales existen solos, son escluidos por los ascendientes, *Nov. 127. cap. 1. fin.*

(1) Este es el caso en que los hijos toman su parte de pleno derecho, sin corresponder al padre el usufructo de este peculio adventicio (§. 447.).

716. Los padres (no las madres) tambien suceden á los *arrogados*, con tal que mueran en la pubertad (§. 176.). Lo mismo acontece en los *adoptados plenamente*, á quienes suceden el padre adoptivo y el natural juntamente, *Nov. 118. cap. 8.*; mas de ninguna manera en los *adoptados imperfectamente*, pues éstos no estan en la potestad de los adoptantes.

717. Como los derechos de la sucesion comunmente son recíprocos, solo la madre sucede á los hijos *ilegítimos*; mas se esceptúan los adulterinos é incestuosos.

III. Sucesion de los colaterales.

718. A falta de ascendientes entran los *colaterales*, sucediendo en primer lugar los *hermanos carnales* y los *hijos de éstos*, pues como nacen de la misma sangre y del mismo tronco, escluyen no solo á los unilaterales sino á todos los demas, *Auth. itaque C. comm. de success.* Cuando los hermanos carnales concurren solos, suceden en cabezas; pero si entran junto con los hijos de otros hermanos carnales, éstos heredan en estirpes, y aquéllos en cabezas. Si solamente existen los hijos de los hermanos carnales, entonces son admitidos en cabezas por derecho propio, *Nov. 118. cap. 3.*

719. Por la misma razon, faltando éstos suceden los hermanos y hermanas *unilaterales* y sus *hijos*; mas aquéllos en cabezas, y éstos en estirpes, si concurren con los hermanos y hermanas unilaterales del difunto; y si solos, heredan en cabezas por derecho propio, sin diferencia de bienes paternos ó maternos, *Nov. 118. cap. 3.*

720. A falta de éstos, heredan los parientes mas cercanos, sean agnados ó cognados, varones ó hembras; pero el mas próximo escluye al mas remoto, v. gr. el tio á los primos. Los que se hallan en un mismo grado suceden juntos en cabeza; y el doble vínculo no dá preferencia en pasando de los hijos de los hermanos, *Nov. 118. cap. 4.*

721. Tambien son admitidos los colaterales *legitimados*, y los incorporados en la familia por *arrogacion* ó *adopcion plena.* Éstos solamente suceden á los agnados como consanguíneos, y no á los cognados, *l. 2. §. 3. D. de suis et legit. hær.*, mientras que los *ilegítimos* solamente heredan á los cognados, §. 31. *Inst. ad SC. Orphit.* §. 4. *Inst. de success. cognat.*

IV. Sucesion de los cónyuges.

722. A falta de todos los consanguíneos, el cónyuge que sobrevivia era llamado antiguamente á la sucesion con el edicto *unde vir et uxor.* (1).

(1) Aunque las mugeres pasaban antiguamente á la potestad del marido, y le sucedian como herederas suyas é hijas de familia, sin embargo, como aquella autoridad se estinguió, y las leyes civiles no dieron á los cónyuges ningun derecho á la sucesion, el pretor les favoreció con este edicto.

723. Mas por derecho novísimo, el cónyuge pobre sobreviviente hereda al rico aun en consorcio de los descendientes, ascendientes y colaterales; y si hay mas de tres herederos, sucede en la parte viril; y si menos, en la cuar-

ta. Cuando el consorte concurre con los hijos, toma su parte por derecho de usufructo; y cuando con los estraños, por derecho de propiedad, *Nov.* 117. *cap.* 5. *Auth. Præterea C. unde vir et uxor.* Este derecho tiene tambien lugar aunque el consorte muera testado, *Nov.* 53. *cap.* 6. (1).

(1) Y no solo la muger, sino tambien el marido, *Nov.* 53. *cap.* 6. Aunque la mayor parte cree que esta Novela fue derogada por la *Nov.* 117. *cap.* 5., esto solamente se debe entender en el caso que la muger fuere injustamente arrojada del matrimonio por el marido, segun lo demostró *Huber. prælec. á la Inst. ibid.* §. 18.

V. Sucesion del fisco.

724. Finalmente, si no hay ningun sucesor legítimo, el fisco ocupa los bienes reconocidos vacantes dentro de cuatro años, con esclusion de los afines, tutores y curadores, *l.* 1. *pr. D. de success. edict. l.* 1. 4. *de bon. vac. l.* 1. §. 2. *D. de jur. fisc. l.* 2. 4. 10. *C. de success. edict.*

725. Sin embargo, se prefieren al fisco los cónyuges, los socios en la cosa donada por el Príncipe, *l. un. C. si liberal. imp. soc. sin. hær. dec.*; la iglesia en los bienes del clero, *l.* 20. *C. de episc. et cler.*; las banderas en los bienes del militar, *l.* 2. *C. de hæred. decurion.*, y los colegios y corporaciones en los bienes del colegial ó miembro de la corporacion, *l.* 1. *C. de hæred. decur.*

TÍTULO XIV.

Obligaciones.

726. Hasta aquí se ha tratado de algunos derechos en la cosa, y de los *modos universales y singulares de adquirir.* Reservando el derecho de prenda para otro lugar, Justiniano pasa á considerar el *derecho á la cosa*, el cual no siendo mas que la facultad que tenemos para obligar á una per-

sona á que dé ó haga alguna cosa, es claro que todo derecho á la cosa nace de alguna *obligacion.*

727. *Obligacion* es el *vínculo de derecho por el cual debemos dar ó hacer alguna cosa, Arg. pr. Inst. e. t.* De aquí nace el axioma: *que la obligacion no pasa de la persona, y que por tanto no produce accion contra un tercero, l.* 25. *pr. D. de oblig. et act.*

728. La necesidad de dar ó hacer alguna cosa, ó se impone solamente por la *ley natural* sin que la ley civil coadyuve á darle fuerza, *l.* 95. §. 4. *D. de solut.*, ó por *derecho civil*, el cual invalida el pretor por medio de escepciones que concede so pretesto de equidad, ó por la *ley natural* y *el derecho civil* juntamente. Las obligaciones del primer género se llaman *meramente naturales*; las del segundo, *meramente civiles*; y las del tercero, *mistas* (1), §. 1. *Inst. de fidejuss. l.* 1. *D. de novat. l.* 3. §. 1. *D. de pec. const.* §. *Inst. de except.*

(1) El hijo de familia y el pupilo que contratan sin mandato del padre ó sin autoridad del tutor, se obligan naturalmente, porque los pactos se deben cumplir por derecho natural; mas la ley civil no autoriza semejantes obligaciones, pues en virtud de los pactos nudos solamente da escepcion, pero no accion. Tales son las obligaciones *meramente naturales.* El que compelido de miedo promete alguna cosa, queda obligado por derecho civil, mas el pretor le concede por equidad la escepcion *quod metus causa*; he aquí una obligacion *meramente civil.* Finalmente, el vendedor está obligado por derecho natural y civil á entregar la cosa; por tanto, esta obligacion es *mista.*

729. Las obligaciones *mistas* se sostienen ademas del vínculo natural, ó por *las leyes civiles*, como sucede en los contratos; ó por *la jurisdiccion del pretor*, como la obligacion de constituto. Aquéllas se llaman *civiles*, éstas *pretorias*, §. 1. *Inst. e. t.* De unas y otras habló Justiniano, cuando dijo que la obligacion es *un vínculo de derecho por el cual nos obligamos segun las leyes de nuestra nacion á dar ó hacer alguna cosa, pr. Inst. e. t.* Esta definicion solamente pertenece á la obligacion mista.

730. Todas las obligaciones nacen de la equidad ó de

la ley; pero unas se derivan *inmediatamente* de *la equidad natural ó de la ley civil*, y otras *mediatamente* en virtud de un *hecho obligatorio*. Así es que el padre está obligado inmediatamente por equidad natural á dar alimentos al hijo, sin que preceda ningun hecho obligatorio (1), y el poseedor está tambien obligado inmediatamente sin que preceda ningun hecho á exhibir la cosa á aquel á quien interesa; mas los contrayentes y delincuentes se obligan inmediatamente por sus hechos, y mediatamente por la ley.

(1) Esta idea tomada en los términos generales que la enuncia el autor es en mi concepto falsa. La obligacion que tiene el padre de alimentar á los hijos legítimos depende inmediatamente de un hecho obligatorio, cual es el matrimonio, pues uno de los principales deberes que nacen de este contrato es la alimentacion de los hijos. *Nota del traductor.*

731. Los hechos obligatorios son ó *lícitos* como las *convenciones*, ó *ilícitos* como los *delitos* ó *maleficios*. Ahora trataremos de los primeros, y despues de los segundos.

732. *Convencion* es *el consentimiento de dos personas acerca de dar ó hacer alguna cosa*, *l.* 1. §. 2. *D. de pact.*

733. El derecho civil no dá fuerza á todas las convenciones, sino solamente á aquellas que tienen causa *civil* aprobada por las leyes, ó á las que éstas dieron un nombre particular, y una accion de este mismo nombre (1). Estas convenciones se llaman *contratos*, las demas *pactos*, *l.* 19. *D. de novat.*

(1) Así los romanos no negaron que los pactos se debian cumplir; antes al contrario reprobaron la conducta de los que no los guardaban. Pero como ellos determinaron que para obligarse una persona era menester que contratase, no dieron accion en virtud de los pactos nudos, supuesto que omitiendo la estipulacion que era el modo civil de obligarse, parecia que mas bien querian burlarse que comprometerse.

734. Por tanto, *pacto* es una *convencion destituida de nombre y de causa* (esto es, de dar ó hacer), *que pueda por su naturaleza producir obligacion civil*. Tambien se define la *nuda promesa de una cosa ó de un hecho futuro.*

735. *Contrato* es *la convencion que tiene nombre ó causa presente civilmente obligatoria por su naturaleza*, *l.* 7. §. 1. *sig. D. de pact.*

736. El pacto es ó *nudo* ó *no nudo*, *l.* 7. §. 1. 2. 4. D. *l.* 10. *C. de pact. Nudo* es el que *consiste en los meros límites de lo que se quiere y se conviene*, sin producir accion, pero sí escepcion, *l.* 7. §. 4. D. *de pact. l.* 10. *l.* 21. *l.* 28. C. *de pact. No nudo* es el que *produce accion*, ó *porque la ley ó el pretor especialmente lo sostienen*, *l.* 6. *D. de pact.*, ó *porque se añade incontinenti á un contrato de buena fé*, *l.* 7. §. 5. *l.* 13. *C. de pact.* El primero se llama *pacto legítimo* (1), el segundo *pacto pretorio*, y el tercero *añadido* ó *adyecto.*

(1) Se llama *legítimo* el que se confirma por la ley civil; así son legítimos los pactos dotales, *l.* 6. *C. de dot. prom.*, los de donacion, *l.* 35. §. *ult. C. de donat.*, y ciertos pactos de usuras, *l.* 36. *D. de usur. l.* 7. *D. de fœn. naut. l.* 12. *C. de usur. Nov.* 136. *cap.* 4. Pactos *pretorios* son la hipoteca, *l.* 17. §. 2. *D. de pact.*, el de *constituta pecunia*, *l.* 1. *D. de pecun. const.*, y la convencion de prestar juramento, §. 11. *Inst. de act.*

737. Los contratos se celebran ó espresando ambas partes su consentimiento, ó suponiendo que alguna de ellas lo presta por equidad ó por la utilidad que le resulta (1). Los primeros se llaman contratos *verdaderos*, los segundos *cuasi contratos*, de los cuales se tratará despues.

(1) El fundamento de los cuasi contratos es el consentimiento *fingido ó presunto*, y no el *tácito* como creen algunos, pues si así fuera, no se obligarian los que no lo saben ni los invitos, §. 1. *Inst. de oblig. quæ quasi ex contr.* Este consentimiento presunto se supone ó por equidad ó por utilidad, porque nadie debe hacerse mas rico con detrimento de otro, *l.* 14. *D. de condict. indeb.*

738. Los contratos verdaderos tienen ó *nombre* y *causa* juntamente, ó *causa* civil sin nombre. Los primeros se llaman contratos *nominados*, los segundos *innominados*, como son los cuatro siguientes: *doy para que des*, *doy para que hagas*, *hago para que des*, *hago para que hagas*, de los cuales no nacen acciones con nombre, sino accion general *in*

factum, ó *præscriptis verbis*, *l.* 1. 2. 3. 5. *l.* 17. §. *ult. D. de præscript. verb. l.* 7. §. 2. *D. de pact.*

739. Todos los contratos innominados se perfeccionan por medio de la *cosa*; de lo contrario no serian sino pactos. Mas los nominados se perfeccionan unos por medio de *cosa*, otros de *palabras*, otros de un *documento escrito*, y otros de *consentimiento*, §. *ult. Inst. e. t.*

740. Cuando ambos contrayentes se obligan á dar ó hacer alguna cosa, el contrato se llama *bilateral*, y si solamente se obliga uno de ellos, se llama *unilateral* (1).

(1) Los contratos unilaterales ordinariamente son de *estricto derecho*, como el mutuo, la paga de lo que no se debe, la estipulacion, la obligacion literal. Los bilaterales son de buena fé, como el comodato, la prenda y todos los consensuales. En aquéllos no se deben usuras, á menos que se prometan; en éstos desde el dia en que hay mora, *l.* 3. *C. de usur.* Aquéllos no son nulos por el dolo, sino que se rescinden, *l.* 36. *D. de verb. oblig.* Éstos son nulos, cuando el dolo da causa al contrato, *l.* 7. *pr. D. de dol.*; pero si el dolo es incidente, se reclama con la accion ordinaria que nace del contrato, *l.* 13. §. 4. *y* 5. *D. de act. empt.*, concediéndose tambien al engañado la escepcion de dolo, *l.* 9. *pr. D. de dol.* En aquéllos no se estinguia la compensacion sino por la escepcion de dolo malo; en éstos cesaba la obligacion *ipso jure*; mas Justiniano alteró esto, §. 30. *Inst. de act.*

741. Por tanto, los contratos *unilaterales* solamente producen una accion, y los *bilaterales* dos, las cuales son directas si ambos contrayentes se obligan desde el principio; pero si uno se obliga desde el principio y otro despues, se da accion *directa* contra el primero, y *contraria* contra el segundo, *l.* 17. §. 1. *y* 3. *l.* 18. §. 2. *l. penult. D. commod.* Ésta se dirige siempre á reclamar indemnizacion.

742. Por medio de estas acciones no solamente se exige lo prometido, sino tambien la reparacion de los daños.

743. Hay *daño* siempre que alguno nos priva de alguna cosa de nuestro patrimonio; y se comete por *dolo*, por *culpa*, ó por *caso fortuito*. *Dolo* es, *toda intencion de engañar á otro*, *l.* 1. §. 2. *D. de dol.* *Culpa* es, *un hecho impensado por el cual se perjudica á otro*; *ó no poner aquel cuidado que pondria un hombre diligente para evitar el daño*,

l. 31. *D. ad leg. Aquil.* *Caso fortuito* es, *un acaecimiento de tal naturaleza que el hombre no puede evitar*, *l.* 18. *pr. D. commod.*

744. De estas definiciones se derivan los axiomas siguientes: 1.° el dolo siempre se presta en todo contrato, y nunca puede pactarse que no se prestará (1), *l.* 23. *D. de reg. jur.*: 2.° en los contratos que descansan en la fé de un amigo como el *depósito*, *sociedad*, *mandato*, *tutela*, el dolo y la culpa lata producen infamia, si alguno fuere condenado en virtud de la accion directa establecida contra él, *l.* 1. *D. de his qui not. inf. Cic. pro Rosc. Com. cap.* 6. *y pro Rosc. Am. cap.* 40.: 3.° el caso fortuito nunca se presta, á no ser que el deudor esté en mora, *l.* 2. *C. de peric. et comm. rei vend.*, cometa culpa, ó se constituya á responder por el caso fortuito, *l.* 23. *D. de reg. jur.*: 4.° la culpa se ha de prestar, ya sea mayor, ya menor.

(1) Pero sí vale el pacto acerca del dolo ya cometido, *l.* 27. §. 3. *D. de pact. l.* 5. §. 7. *D. de admin. tutor.*

745. Como hay unos padres de familia *muy cuidadosos*, otros *muy negligentes*, y otros que ocupan un lugar intermedio, se han establecido tres grados de culpa.

746. Cometen culpa *levísima* los que no ponen el cuidado que prestaria un diligentísimo padre de familia, *l.* 18. *D. commod.*; *leve*, los que no ponen el cuidado de un diligente padre de familia (1), *l.* 32. *D. depos.*; y *lata*, los que no prestan aquel cuidado que aun suelen poner los hombres abandonados, *l.* 213. §. 1. *l.* 223. *D. de verb. sign. l. penult.* §. 2. *D. de jur. et fact. ignor.*

(1) Así la culpa leve se gradúa por el cuidado que un diligente padre de familia acostumbra poner en sus bienes. Esta se llama por los doctores culpa leve *en abstracto*; pero si se atiende al cuidado que pone en sus cosas aquel con quien se contrae, se llama culpa leve *en concreto*, la cual deben prestar los socios entre sí, §. 9. *Inst. de societ.*, porque entrando voluntariamente en la sociedad, se juzga que aprueban el cuidado que cada uno pone en sus cosas.

747. Acerca de la culpa se deben observar los axiomas siguientes: 1.° en los contratos en que uno reporta la uti-

lidad y otro el gravámen, aquél presta ordinariamente la culpa levísima, y éste la lata (1), *l.* 5. §. 2. *D. commod.*: 2.° cuando ambos reportan utilidades y cargas iguales, ambos prestan tambien la culpa leve, *l.* 5. §. 2. *D. commod.*: 3.° el que voluntariamente se ofrece al contrato, ó se compromete en un negocio en que necesita la mayor industria de la persona, debe prestar la culpa levísima, aunque solamente reporte las cargas, *l.* 1. §. 25. *D. depos. l.* 20. *C. de neg. gest. l.* 23. *D. de reg. jur. l.* 13. *l.* 21. *C. mand.*: 4.° el que voluntariamente ofrece á otro la cosa de que éste solo saca utilidad, no puede exigir sino la prestacion de la culpa lata, *l.* 8. §. 3. *D. precar.*

(1) Esto se entiende comunmente hablando, porque el tutor está obligado en favor del pupilo á cuidar exactamente de los bienes de éste y á prestar la culpa leve (*a*), *l.* 1. *D. de tut. et rat. distrahe.*

(*a*) Como todos estos axiomas acerca de la prestacion de la culpa se observan tambien por derecho español, debo advertir que la prestacion de la culpa no se debe regular en la tutela por el axioma 1.°, sino por el 2.°, pues ésta no es útil solamente al pupilo segun la consideró el derecho romano, sino tambien al tutor, á quien las leyes del *Fuero juzgo* y *Fuero real* asignaron la décima parte de los frutos de los bienes del pupilo. *Nota del traductor.*

TÍTULO XV.

Contratos reales.

748. Llámanse contratos *reales*, no los que producen accion real, sino los que se perfeccionan con la entrega de la cosa.

749. De los verdaderos y nominados (1) hay cuatro, á saber: *mutuo*, *comodato*, *depósito* y *prenda*, *pr.* y §. *sig. Inst. e. t.*

(1) Todos los innominados lo son, y entre los cuasi contratos tambien lo son el indébito, y la obligacion de los marineros, taberneros y mesoneros.

750. *Mutuo* es un contrato por el cual se dá á uno alguna cosa fungible para que la haga suya, con la obligacion de restituir dentro de cierto tiempo otro tanto del mismo género, *pr. Inst. e. t.* Cosas *fungibles* son las que constan de número, peso y medida, *l.* 2. §. 1. *D. de reb. credit.*; en las cuales se considera que el dar otro tanto, es dar la misma cosa.

751. De cuya definicion se sigue, que no hay mutuo sin que se entregue á lo menos *brevi manu* el dinero ú otra cosa fungible, *l.* 2. §. 3. *l.* 11. *pr.* y *l.* 15. *D. de reb. cred.*; y que por medio del mutuo se enagena (1) y transfiere al deudor el dominio de la cosa fungible, *l.* 2. §. 2. *l.* 16. *l. penult. D. de reb. credit.* §. 2. *Inst. quib. alienar. lic. vel non.*

(1) Esto se debe notar contra lo que dice Claudio Salmasio, á saber: *que el mutuo no es enagenacion.* En el mutuo se deben distinguir la cantidad y la especie que se entrega. Ésta pasa enteramente al dominio del deudor; mas no aquélla, porque siendo cosa incorporal, no es objeto del dominio; así es que con respecto á la cantidad no se enagena el dinero, y *l.* 55. *D. de solut.*, y con relacion al deudor se llama *capital ageno*, *l.* 213. §. 1. *D. de verb. sign.*

752. Siendo el mutuo una enagenacion, se infiere que solamente puede dar en mutuo aquel que puede enagenar, §. *ult. Inst. quib. alienar. lic. l.* 2. §. 4. *D. de reb. credit.*; y por tanto, el que no puede enagenar, puede vindicar el dinero que ha prestado, si no ha sido consumido; pero si se hubiere gastado de buena fé, puede exigir la cantidad; y si de mala fé, puede reclamarlo con la accion ad exhibendum, *l.* 11. §. *ult. l.* 13. *pr. l.* 14. *D. de reb. credit.* Lo mismo sucede si alguno prestare dinero ageno dolosamente y sin mandato del amo, *l.* 11. §. *ult. l.* 13. *D. de reb. cred.*

753. Como en el mutuo se enagena la especie, mas no la cantidad, se infiere que se debe restituir otro tanto no solo en cuanto á la cantidad, sino tambien á la cualidad, *l.* 3. *D. de reb. credit. l.* 99. *D. de solut.* Que puede pactarse el entregar menos, pero no mas de lo recibido, *l.* 11. §. 1. *D. de reb. cred.* Que alterado el valor de la moneda se debe atender al tiempo del contrato, *arg. l.* 3. *D. de reb. cred. l.* 2. *C. de vet. num. potest. l.* 69. *D. de contr. empt.*, á no

ser que se haya convenido pagar en cierta moneda, *l.* 5. *l.* 22. *D. de reb. cred.*

754. De este contrato solamente nace una accion, á saber: *condictio certi ex mutuo, ó accion de mutuo, l.* 5. *C. quib. non obi. long. tempor. præscr.*, por la cual el acreedor procede contra el deudor ó contra su heredero para que le pague otro tanto del mismo género y calidad; mas no las usuras, pues éstas no se deben por derecho romano en los contratos de estricto derecho, á no ser que se prometan.

755. *Comodato* es, *un contrato por el cual se entrega una cosa no fungible para que se use gratuitamente, con tal que concluido dicho uso se restituya la misma cosa*, §. 2. *Inst. e. t.*

756. De aquí se sigue: 1.° que el comodato se dá para cierto y determinado uso, pues de otra suerte será *precario*, *l.* 1. *pr. l.* 2. *D. de precar.*: 2.° que si se estipula merced, el comodato degenera en arrendamiento, §. 2. *Inst. e. t. pr. Inst. de loc.*; y si se pacta otra cosa, se convierte en contrato *doy para que des*, *l.* 5. *D. de præscr. verb.*: 3.° que el comodatario recibe toda la utilidad, y el comodante el gravamen: 4.° que no se transfiere dominio como en el mutuo, *l.* 8. *l.* 9. *D. de commod.*

757. Como el comodato se dá para cierto uso, regularmente no puede revocarse antes que éste se acabe, *l.* 17. §. 3. *D. l.* 3. *C. commod.*; ni el comodatario puede aplicar la cosa á otros usos; y si lo hace, comete hurto de uso, §. 6. 7. *Inst. de obl. quæ ex delict. l.* 54. §. 1. *D. de furt.*

758. Degenerando el comodato en otro contrato siempre que se pacta merced, se sigue que si interviene honorario (1), no se altera la naturaleza del comodato, *arg. l.* 6. *pr. D. mand.*

(1) El honorario se distingue de la merced: 1.° en que ésta se determina por convencion, mas aquél se ofrece voluntariamente: 2.° en que ésta solamente pertenece á las obras iliberales, mas aquél aun á las liberales y que no admiten precio.

759. Perteneciendo la utilidad al comodatario, y el gravamen al comodante, se sigue que aquél preste la culpa levísima, y éste solamente la lata, *l.* 5. §. 10. *D. commod.* Que si el comodato redunda en utilidad de ambos, mutuamente deben prestar la culpa leve, *l.* 18. *pr. v. at si utriusque D. commod.*, y que si solamente es provechoso al comodante, el comodatario no preste sino la culpa lata, *l.* 5. §. 10. *D. commod.*

760. No transfiriéndose dominio por medio del comodato, se sigue que si la cosa perece por caso fortuito, perece para el comodante como dueño de ella, *l.* 18. *fin. l.* 19. *l.* 20. *D. l.* 1. *C. commod.* §. 2. *Inst. e. t.*, sin estar obligado el comodatario.

761. De este contrato nacen dos acciones que llevan su nombre, á saber: *directa*, *y contraria de comodato.* La *directa* se dá al comodante contra el comodatario y sus herederos, para que fenecido el uso devuelvan la misma cosa, y paguen los daños causados aun por culpa levísima.

762. La *contraria* se dá al comodatario contra el comodante y sus herederos, para que le indemnicen los gastos de alguna consideracion que hubiere hecho á causa del vicio oculto de la cosa, ó los perjuicios que hubiere recibido por habérsela exigido antes de concluirse el uso, *l.* 17. §. 3. *l.* 18. §. 2. *y* 3. *D. de commod.*

763. *El depósito es un contrato real por el cual se entrega á uno alguna cosa mueble para que la guarde gratuitamente, y la restituya al deponente en cualquier tiempo que la pida*, §. 3. *Inst. e. t.*

764. De aquí los axiomas: 1.° este contrato es gratuito: 2.° no transfiere dominio ni uso, sino solamente la custodia de la cosa, *l.* 1. *pr. D. depos.* §. 3. *Inst. e. t.*: 3.° la utilidad es por lo comun del deponente, y el gravamen de solo el depositario.

765. Del primer axioma se sigue que si media merced, el depósito puede degenerar en arrendamiento ó en contrato innominado, *l.* 1. §. 8. 9. 10. *D. depos.*, y que el honorario no muda la naturaleza de este contrato, *l.* 2. §. 24. *D. de vi bon. rapt.*

766. Infiérese tambien que como este contrato solamente se celebra con los amigos en quienes depositamos nuestra confianza, el dolo y culpa lata del depositario se castiga con infamia; *Cic. pro Rosc. cap.* 39. *l.* 10. *C. depos. l.* 1. §. 1. *D. de his qui not. inf.* §. 2. *Inst. de pœn. tem. litig.*

767. Del segundo axioma se deduce que si el depositario usa de la cosa comete hurto de uso, §. 6. *Inst. de obl. quæ ex del.*, que si espresamente se concede el uso de la cosa fungible, el depósito se convierte en mutuo; *l.* 24. *l.* 26. §. 1. *D. depos.*; pero si tácitamente se concede el uso de ella como cuando se entrega sin haberla cerrado ni sellado, entonces se hace *depósito irregular* desde el momento en que el depositario la empieza á usar, *l.* 1. §. 34. *D. depos.*

768. Del tercer axioma se infiere que el deponente presta por lo regular la culpa levísima, y el depositario la lata, *l.* 1. §. 7. 16. 20. *sig. D. depos.*; que éste es responsable por el caso fortuito si se compromete á ello, si el depósito fuere irregular, ó si hubiere sido moroso en restituirlo, *l.* 24. *D. depos.*

769. El depósito tambien se divide en *simple*, del que hemos tratado hasta aquí, y en *miserable*, que es el que se hace por causa de tumulto, incendio, ruina, naufragio, *l.* 1. §. 1. *D. depos.* Si el depositario ó su heredero cometieren dolo en el depósito miserable, ambos estan obligados á restituir el duplo; pero si solamente lo cometiere el difunto, el heredero tan solo pagará el simplo, *l.* 1. §. 1. *D. depos.*

770. El *secuestro* se distingue del depósito: 1.° en que éste siempre se hace por voluntad de uno; aquel aun por muchos que litigan acerca del dominio, y algunas veces por órden del juez (1), *l.* 7. §. *fin. D. qui satisd. cog.*: 2.° en que éste se hace de cualquiera cosa mueble; aquél aun de cosa inmueble litigiosa, *l.* 110. *D. de verb. sign. l.* 5. *C. quor. adpell.*: 3.° en que éste ordinariamente tan solo transfiere la custodia; aquél la posesion y cuidado á la persona que re-

cibe el secuestro, *l.* 17. §. 1. *D. depos. d. l.* 5. *C. quor. adpell.*

(1) Pero solo por temor inminente de fuga, *l.* 7. §. *ult. D. qui satisd. cog.*; de dilapidacion, *l.* 12. §. *ult. D. de adpell.*; de armas ú otras causas semejantes y mas graves, *l. ult. f. C. quib. ad lib. l.* 5. *D. quor. adpell. l.* 20. §. 1. *C. de agric.* A este caso tambien pertenece la especie singular del *cap.* 14. *X. de sponsal.*, en donde se habla de la secuestracion de la esposa que habia prometido casarse con dos. Fuera de estos casos está prohibida la secuestracion de la cosa litigiosa, *l. un. C. de prohib. sequestrat. pecun.*

771. Tambien se dan en virtud de este contrato dos acciones, á saber: *directa* y *contraria.*

772. La *directa* se dá al deponente contra el depositario ó sus herederos, para que restituya la misma cosa depositada con todos sus frutos y mejoras, y resarza el daño causado por dolo ó culpa lata, sin poder oponer la escepcion de compensacion, la de dolo malo, ni la del derecho que compete en la cosa depositada, *l. penult. C. depos. l. ult.* §. 1. *C. de compens.* Tampoco puede el depositario usar del derecho de retencion, aunque los doctores lo concedan por las impensas necesarias hechas en la cosa depositada, *l.* 11. *C. depos.*

773. La *contraria* se dá al depositario para que reclame su indemnizacion del deponente ó sus herederos, *l.* 5. *pr. D. depos.*

774. Despues que se ha concluido el pleito, se dá al vencedor en virtud del secuestro accion *directa secuestraria* contra el secuestro ó su heredero, para que restituya la cosa depositada con todos sus emolumentos y mejoras, *l.* 5. §. 1. *l.* 12. §. 2. *D. depos.* La *contraria* se dá al secuestro contra el vencedor para que le indemnice, *l.* 5. §. 2. *D. depos.*

775. La *prenda* se constituye por medio de contrato, y cuando se establece de este modo y se entrega, dá *derecho en la cosa*, á la manera que la hipoteca constituida por solo pacto y sin tradicion (nota 2. al §. 316). De este derecho nace accion en la cosa llamada *serviana* y *cuasi serviana* ó *hipotecaria*; aquélla se dá al arrendador de un fundo rústico contra el colono ó cualquier poseedor; ésta al

acreedor contra el deudor ó cualquier poseedor para perseguir las cosas empeñadas, §. 7. *Inst. de act.*

776. Mas la prenda no se considera aquí como derecho en la cosa, sino como un contrato por el cual se constituye este derecho; así, puede definirse: *contrato real por el que se entrega al acreedor una cosa para seguridad de la deuda, el cual debe restituirla pagada que sea ésta*, §. *ult. Inst. e. t.*

777. Por tanto: 1.º pueden darse en prenda todas las cosas que prestan seguridad al acreedor, *l.* 9. §. 2. *D. de pign. act.*: 2.º en virtud de este contrato no se transfiere el uso, sino la posesion y custodia, y por esto debe haber tradicion, §. *ult. Inst. e. t.*: 3.º el contrato de prenda es útil á ambos contrayentes, §. *ult. Inst. e. t. l.* 5. §. 2. *D. commod.*

778. Del primer axioma se sigue, que pueden darse en prenda las cosas corporales é incorporales, *l.* 11. §. 2. *D. de pign. l.* 4. *C. quæ res pign. dar.*; las muebles ó inmuebles, las propias ó agenas, con tal que intervenga el consentimiento ó ratihabicion del dueño, *l.* 20. *pr. D. de pign. act.*; pero no las cosas exentas del comercio, *l.* 9. §. 1. *D. de pign. et hypoth.*, ni las litigiosas, *l.* 1. §. 2. *D. quæ res pign. l.* 3. *C. lug. cit.*

779. Del segundo se infiere, que el acreedor no puede usar de la prenda, á no ser que haya pacto *antichresis*; esto es, que se use de la prenda en compensacion de las usuras, *l.* 11. §. 1. *D. de pign. et hypoth.* Que hay grande diferencia entre la prenda y la hipoteca (1), *l.* 9. §. 2. *D. de pign. act.*

(1) La prenda se constituye por contrato; la hipoteca por pacto pretorio. La prenda se entrega; la hipoteca afecta la cosa sin tradicion, §. 7. *Inst. de act. l.* 9. §. 2. *D. de pign. act. l.* 238. §. 2. *D. de verb. sign.*

780. Del tercer axioma se deduce que ambos contrayentes deben prestar la culpa leve, *l.* 5. §. 2. *D. comm. l.* 25. *D. l.* 5. *l.* 7. *D. de pignorat. act.*, sin que obste la *l.* 13. §. 1. *D. lug. cit.*

781. De este contrato nacen tambien dos acciones *pignoraticias*, á saber: *directa* y *contraria*, §. *ult. Inst. e. t. l.* 3. *l.* 8. *l.* 9. *pr. D. de pign. act.*

782. La *directa* se dá al deudor luego que ha pagado la deuda para que reclame del acreedor ó sus herederos la cosa dada en prenda (1) con todos sus frutos y aumentos, y los daños causados aun por culpa leve, §. *ult. Inst. e. t.*

(1) Pero aunque el deudor haya pagado la deuda, si despues contrae otra nueva, puede el acreedor retener la prenda. Véase *todo el tit. C. etiam ob chirogr. pecun. pign. teneri.*

783. La *contraria* se dá al acreedor para que pida su indemnizacion del deudor ó sus herederos, como si hubiere hecho gastos en la prenda, si á consecuencia de ella hubiere sido perjudicado, si se hubiere dado una cosa agena, &c., *l.* 3. 8. 9. 36. *D. de pign. act.*

TÍTULO XVI.

Obligaciones verbales.

784. Los contratos verbales no se perfeccionan con el consentimiento, sino con la solemnidad de palabras.

785. Antiguamente hubo tres especies de estos contratos, á saber: la solemne *diccion* de la dote (1), la *promesa* de las obras hechas por el liberto y confirmada con juramento, y la *estipulacion. Cay. Inst. lib.* 2. *tit.* 9. §. 3. *sig. Ulp. Frag. tit.* 6. §. 1. *sig.*, de la que trataremos aquí, por ser la única que se encuentra en nuestros libros.

(1) La dote ó se *daba* si se depositaba sellada en los agoreros, Suet. *Claud. cap.* 26., ó se *prometia* respondiendo á la estipulacion, segun dice Plauto, ó se *decia* con palabras solemnes, pero diversas de la estipulacion, como son las que usa *Terenc. Andr. act.* 5. *escen.* 4. *v.* 47. Véanse nuestras *antig. rom. lib.* 2. *tit.* 7. §. 4. *sig.*

786. La estipulacion es un *contrato unilateral por el*

cual, respondiendo uno acorde é incontinenti á la pregunta que se le hace, se obliga á dar ó hacer alguna cosa que interesa á otro. Como la nuda promesa de una cosa futura no producia accion por derecho romano, se inventó la estipulacion para obligar al que promete una cosa futura, *pr. Inst. e. t. l. 27. C. de pact.*

787. Pudiendo prometerse una cosa *cierta* como la especie ó cantidad, ó *incierta* como el género ó hecho, la estipulacion es *cierta* ó *incierta*, *l. 74. D. de verb. oblig. pr. Inst. lug. cit.*

788. Tambien se promete *puramente*, bajo de *condicion*, ó *á dia*; de aquí la estipulacion se divide en *pura*, *condicional*, y *determinada á dia*, §. 2. 4. *Inst. l. 73. pr. D. e. t.*

789. Se deben observar los axiomas siguientes: 1.° si la estipulacion es *pura*, el dia cede y viene inmediatamente, *l. 213. D. de verb. sign.*: 2.° cuando se añade condicion posible, el dia ni cede ni viene mientras pende la condicion (1), *l. 213. D. de verb. sign.*: 3.° la condicion imposible vicia enteramente la promesa, *l. 1. Inst. de inut. stipulat. l. 7. l. 26. l. 27. pr. l. 123. D. e. t.*: 4.° si se promete alguna cosa desde cierto dia, el dia no cede ni viene mientras no llega el dia, §. 2. *Inst. e. t.* §. *penult. Inst. de inutil. stipulat. l. 213. D. de verb. sign.*: 5.° si se ha prometido alguna cosa hasta cierto dia, el dia cede y viene inmediatamente, y la obligacion se perpetúa; pero pasado el dia, se destruye con escepcion, §. 3. *Inst. e. t. l. 44.* §. 1. *D. de oblig. et act.*: 6.° si hay duda sobre si el dia incierto ha de existir, se tiene por condicion, *l. 75. D. de condit. et demonstr.*: 7.° en los contratos la condicion existente se retrotrae al principio, *l. 11.* §. 1. *D. qui potior. in pign.* Lo contrario sucede en los legados, *l. 18. D. de regul. jur.*

(1) La condicion puesta á tiempo presente ó pasado propiamente no es condicion, segun digimos en el §. 508. Por tanto ésta no suspende la obligacion, sino que inmediatamente vale ó invalida la estipulacion, *v. gr. ¿darás si Ticio fue cónsul?* Si fue cónsul la estipulacion vale inmediatamente, si no lo fue, al instante se invalida, §. 6. *Inst. de verb. oblig.*

790. Deben tambien observarse los axiomas siguientes: 1.° que no puede deberse por un tiempo dado, §. 3. *Inst. e. t.*: 2.° que la estipulacion consta de pregunta y respuesta correspondiente, §. 1. *Inst. e. t.*: 3.° que la condicion negativa (lo contrario sucede en las herencias y legados) suspende la entrega de la cosa hasta la muerte del promitente; de suerte que si uno estipula, *¿prometes dar, si yo no fuere al Capitolio?* es lo mismo que si se hubiese estipulado dar para cuando muriese, §. 4. *Inst. e. t.*: 4.° que en virtud de la estipulacion, se transmite á los herederos la esperanza aunque aquel á quien se debe bajo de condicion haya muerto antes de cumplirse (1), §. 4. *Inst. e. t.*: 5.° que ninguno puede obligar á otro con su promesa, §. 3. *Inst. de inutil. stipul.*: 6.° que solamente se puede estipular para sí, §. 4. *Inst. lug. cit.*, á no ser que interese el estipular para otro, §. 19. *Inst. lug. cit.*

(1) Las herencias y legados que se dejan bajo de condicion no se transmiten si el heredero ó legatario muere antes de cumplirse la condicion (§. 512), *l. un.* §. 7. *C. de caduc. tol.*

791. Siendo la estipulacion contrato *unilateral*, produce una accion llamada *ex stipulatu* (de lo estipulado), *l. 83.* §. 6. *D. de verb. oblig.* Si lo que se pide es cosa cierta, la accion se dice *actio certi*; y si incierta, *actio incerti ex stipulatu*, *pr. Inst. e. t.*

792. Ambas se dan al estipulante contra el promisor ó su heredero para que dé ó haga lo que prometió.

793. Comunmente se dice que el promisor de *hecho* se exime de la obligacion satisfaciendo lo que interese, pero esto no aparece de la *l. 72. pr. l. 75.* §. *fin. l. 81. l. 112.* §. 1. *D. de verb. oblig. l. 13.* §. *fin. D. de re jud. l. 71.* §. 2. *D. de condit. et demonstr.* Es verdad que el que promete el hecho, puede pactar que pagará su importe si no lo cumple á su debido tiempo; pero que no pueda ser compelido á prestar el hecho, ó que se exima de la obligacion ofreciendo su importe, no se lee por cierto en ninguno de aquellos testos. *Cuyac. á la l. 72. D. e. t. Coras. Miscel. lib.*

2. *cap.* 3 *Ulr. Huber. Prœl. ad Inst. e. t.* §. 5. *Thomas. en su disertac. singular, An qui, &c.*

794. Y aunque Justiniano dice, que es útil añadir pena convencional á las estipulaciones de hecho, §. *ult. Inst. e. t.*, no por esto se entiende que el promisor de hecho no está obligado á cumplirlo, sino que como los hechos no tienen muchas veces valor fijo, y por lo mismo son de dificil prueba, el estipulador puede, si no se cumple el hecho, exigir su importe.

795. El emperador Leon abolió las palabras solemnes, *l.* 10. *C. de contr. stipul.* §. 1. *Inst. e. t.*; pero no la congruencia entre la pregunta y la respuesta, y por consiguiente ni la diferencia entre los pactos y estipulaciones.

TÍTULO XVII.

Dos reos de estipular y prometer.

796. Algunas veces sucede que muchos estipulan ó prometen alguna cosa. En tales casos comunmente vale la regla: *si dos ó mas prometen, ó se promete á dos ó mas, cada uno se obliga en parte, y adquiere un derecho en virtud de esta estipulacion*, *l.* 11. §. 1. 2. *D. e. t.*

797. Pero esta regla tiene escepciones, porque si los que prometen son *reos de prometer*, la obligacion no se divide entre ellos, sino que cada uno está obligado in solidum. Por el contrario, si los que han estipulado son *reos de estipular*, á cada uno se debe in solidum, §. 1. *Inst. l.* 2. *l.* 3. §. 1. *D. e. t.*

798. Se llaman *reos*, hablando en *particular*, aquellos de quienes se pide, y en *general* aquellos de cuya cosa se disputa. *Cic. de orat. lib.* 2. *cap.* 43. *y* 79. *Festo* en la palabra *reo*. Así Pomponio en la *l.* 5. *pr. v. conventionales D. de verb. oblig.*, comprende al actor y al reo bajo la palabra comun *reo*; y por esta razon los jurisconsultos dan este nombre á los promisores y estipulantes.

799. Son pues *reos de prometer*, los que preguntados por alguno en una misma oracion, responden acordemente, y prometen dar y hacer in solidum una misma cosa, *pr. Inst. l.* 1. *l.* 2. *l.* 3. §. 1. *l.* 4. *D. e. t.* Un egemplo se encuentra en *Plauto in Trinum*, *act.* 5. *escen.* 2. *vers.* 39. Lysiteles pregunta á Callicles, *¿me prometes dar á tu hija por esposa con esta dote?* Callicles responde, *prometo*; y Charmides añade, *y yo tambien prometo lo mismo.* Por tanto Callicles y Charmides eran dos reos de prometer, á lo menos en cuanto á la dote.

800. Son *reos de estipular* aquellos que por separado estipulan in solidum una misma cosa, y el deudor promete darla ó hacerla, §. 1. *Inst. l.* 1. *D. e. t.*, v. gr. si Ticio preguntase: *¿me prometes dar mil Philipos?* y Sempronio respondiese: *á cada uno de vosotros prometo dar*, Ticio y Mevio serían dos reos de estipular, *pr. Inst. e. t.*

801. Estando los reos de prometer obligados in solidum, se sigue que cada uno de ellos pueda ser reconvenido in solidum, §. 1. *Inst. l.* 3. §. 1. *D. e. t.* Que pagando uno de los reos al acreedor de cualquier modo que sea, se estingue la obligacion, *l.* 2. 3. §. 1. *D. e. t. l.* 20. *D. ad SC. Vellej. l.* 16. *pr. D. de acceptilat.* Que no gocen del beneficio de division ni aun por derecho novísimo, escepto en el caso que siendo correos *esten obligados con fianza recíproca* (1), *Nov.* 99. *cap.* 1.

(1) Por tanto, esta Novela solamente deroga la ley 11. *pr. D. e. t.* en donde Papiniano niega que el beneficio de division compete á los *correos de prometer que son mutuamente fiadores.* Pero los doctores, segun su costumbre, estendieron esta Novela á todos los correos de prometer; y así casi prevalece este error en el foro, fundándolo en la *Auth. Hoc ita C. e. t.*, aunque muy diversa de su autoridad (*a*).

(*a*) En este error incurrió tambien el célebre Juan de Sala, quien para corroborar lo establecido por la ley patria, cita la Auténtica á que alude Heineccio. Véase el *tom.* 1. *tit.* 16. §. 11. *de su ilustrac. al Derecho real de España.* Hago esta advertencia, porque siendo esta obra el testo por donde se lee en la clase de derecho, es muy facil que los jóvenes dedicados á la jurisprudencia cometan el mismo error. *Nota del traductor.*

802. Debiéndose la cosa in solidum á cada uno de los reos de estipular, se deduce que cada uno pueda exigirla in solidum; y que si á uno se ha satisfecho de cualquier modo, se estingue el derecho de los demas, *l.* 2. *D. e. t. l.* 31. §. 1. *D. de novat.*

803. Finalmente, celebrándose este negocio entre el estipulante y el promitente, mas no entre los correos, y no pasando la obligacion de las personas, se debe inferir que si uno de los reos de prometer paga, no tiene accion contra el correo, *l.* 36. *D. de fidejuss.*, á no ser que tengan comunion de bienes, ó el acreedor ceda sus derechos al que pagó (1). Que el correo de estipular á quien se ha pagado, no está obligado á dar parte alguna al correo, á no ser que sean socios, ó así lo hubieren convenido, *l.* 62. *pr. D. ad leg. Falc.*

(1) Pero es claro que al reo que paga aun al no socio, y que no usa del derecho cedido, hoy le compete accion útil contraria *negotiorum gestorum*, porque pagando por el correo le exime de la deuda, y obra útilmente en sus bienes; por consiguiente puede pedir indemnizacion. Así puede entenderse la *l.* 2. *C. e. t.*

TÍTULO XVIII.

Estipulaciones de los siervos.

804. El siervo ni es persona ni adquiere nada para sí sino para su señor. Por tanto, cuando estipula, todo lo adquiere para éste, porque de su persona es de quien recibe el derecho de estipular, *pr. Inst. e. t. l.* 1. *pr. D. de stipulat. servor.*

805. De lo que se sigue, que cuando estipula, adquiere para el amo, sea que estipule para sí, para el amo, para el consiervo, ó sin determinar persona, §. 1. *Inst. l.* 1. *pr. l.* 15. *D. e. t.* Que el siervo comun adquiera para cada amo á prorata de la parte de dominio que cada uno tenga, á no ser que haya estipulado por mandato de uno, ó espresamente para uno, §. 3. *Inst. l.* 5. 7. D. *e. t. l. ult. C. per quas pers. cuiq. adquir.* Que cuando estipula el siervo hereditario, adquiera para la herencia, la cual representa antes de la adicion la persona del difunto, *pr. Inst. e. t. l.* 35. *D. e. t.*

806. Mas debiendo entenderse esto de las adquisiciones, infirieron los antiguos que si el siervo estipulaba un hecho, v. gr. que le *sea permitido ir*, ó *hacer*, todavía no le es lícito al amo hacer esto, §. 2. *Inst. e. t. l.* 38. §. 6. *D. de verb. oblig.*

TÍTULO XIX.

Division de las estipulaciones.

807. Atendiendo á las personas que ó estipulan ó mandan estipular, las estipulaciones se dividen en *pretorias*, *judiciales*, *comunes y convencionales*, *pr. Inst. e. t.*, de las que diremos algo.

808. *Pretorias* son las estipulaciones ó cauciones *que nacen del mero oficio del pretor*, á las que tambien se refieren las *edilicias*, §. 2. *Inst. e. t. Judiciales* las que se *derivan del mero oficio del juez. Comunes* las que de uno y de otro (1), §. 2. 4. *Inst. e. t.*, y *convencionales las que de la convencion de ambas partes*, §. 3. *Inst. lug. cit.*

(1) En Roma se distinguia el oficio de pretor del de juez. El pretor era magistrado, el juez un particular. Se decia que aquél *pronunciaba sentencia*, y que éste juzgaba: aquél pro tribunali, éste de plano, por lo cual tambien se llamaba juez pedáneo: aquél conocia *de jure*, y por lo mismo oia la accion, escepcion, réplica, &c., y contestado el pleito nombraba jueces: éste conocia *de facto*, y daba sentencia segun la fórmula prescripta por el pretor. Si éste no nombraba juez, sino que él mismo conocia de todo el negocio, entonces juzgaba *estraordinariamente*.

809. *Pretoria* era, v. gr. *la caucion del daño que se ha-*

bia de causar, por la cual mandaba el pretor con respecto á la cosa viciosa, v. gr. las casas que estan para arruinarse, que el dueño ó el que hace sus veces prometiese ó diese fianza al vecino á quien amenaza el daño, de que lo resarcirá si aconteciere dentro de cierto tiempo, *l.* 13. *pr.* §. *sig. D. de damn. inf.* Contra el que rehusaba afianzar se espedia decreto de lanzamiento, y si aún persistia en la casa, se libraba segundo decreto, y la casa se vendia, *l.* 15. §. 16. 20. *D. de dam. infec. l.* 3. §. *ult. D. de adquir. possess.*

810. De la misma especie es la *caucion para conservar los legados*, por la cual manda el pretor que el heredero ó el legatario que debe el legado, despues de haberse cumplido el tiempo ó la condicion, preste caucion de entregarlo sin cometer dolo malo cuando viniere el dia, *l.* 1. *D. ut legat. serv. caus.*

811. *Judicial* es *la caucion de dolo*, por la cual se manda al que ha sido condenado por el juez á restituir la cosa, que preste caucion de que la restituirá sin fraude con todos sus frutos y emolumentos, *l.* 21. *l.* 45. *D. de rei vind. l.* 9. §. 5. 7. *D. quod met. caus.*

812. Es tambien *judicial* la *caucion de perseguir al siervo prófugo*, y suele exigirse de aquel que quita por fuerza un hombre á otro, y mandándole que le restituya, dice que ha fugado, *l.* 14. §. 11. *D. quod met. caus.*

813. De igual naturaleza es la *caucion de restituir el precio*, si prometiendo uno de los coherederos dar la cosa in solidum, se manda que los demas coherederos le indemnicen, *l.* 25. §. 10. *D. fam. ercisc.*

814. *Comunes* son las cauciones de *conservar los bienes del pupilo*, y la caucion *de rato* que se manda prestar al procurador de cuyo mandato se duda, *l.* 1. *C. de procurat.*

815. De las convencionales casi hay tantas especies cuantas son las cosas sobre que se puede tratar, §. 3. *Inst. e. t.*, pues casi no habia ningun contrato á que no pudiera añadirse estipulacion, *Senec. de benef. lib.* 3. *cap.* 16. *l.* 71. *D. pro soc. l.* 88. *D. de solut. Cujac. ad l.* 17. *D. de verb. oblig.*

TÍTULO XX.

Inútiles estipulaciones.

816. Las estipulaciones son inútiles algunas veces, ó por razon de las *personas que contratan*, ó por razon de las *cosas* sobre que recae la estipulacion, ó por razon de la *forma* de la estipulacion.

817. Siendo la estipulacion un contrato, el contrato una convencion, y la convencion el consentimiento de dos ó mas personas en una misma cosa, se sigue que por razon de las *personas que contraen* son inútiles las estipulaciones de los infantes, de los furiosos y mentecatos, de los sordos y mudos, §. 6. 7. 8. 9. 10. *Inst. e. t.*, y que los pródigos y los pupilos mayores de la infancia puedan estipular para sí, pero no prometer ni obligarse (1) sin autoridad del tutor, §. 9. *Inst. e. t. l.* 6. *D. de verb. oblig.*

(1) El pupilo se obliga naturalmente, *l.* 21. *D. ad leg. Falc. l.* 1. *D. de novat.*, pero como esta obligacion no produce efecto, ni se sostiene por las leyes civiles, se dice algunas veces que no se obliga ni aun naturalmente, *l.* 41. *D. de condict. indeb. l.* 59. *D. de oblig. et act.* No existir y no producir efecto se toman en derecho como sinónimos. Por tanto el pupilo nunca se obliga civilmente, *l.* 43. *D. de oblig. et act.*, á no ser que la obligacion proceda de la cosa, *l.* 46. *D. lug. cit.*, como de maleficio, *pr. Inst. de oblig. ex del.*, y tambien de contrato y cuasi contrato cuando el pupilo se ha hecho mas rico, *l.* 14. *D. de condict. indeb.* El menor, cuyos bienes, pero no la persona, estan primariamente sujetos al curador, se obliga civilmente, *l.* 101. *D. de verb. oblig. l.* 43. *D. de oblig. et act.*, pero tiene el beneficio de restitucion *in integrum*. En el foro se dice hoy que de los contratos del menor solamente nace obligacion natural. Esta materia es digna de verse en *Ulr. Huber. Præl. ad Inst. e. t.* §. 2. *sig.*

818. Siendo la estipulacion el consentimiento de dos ó mas, se sigue que no valga la estipulacion entre el padre y el hijo, ni entre el amo y el esclavo, porque se consideran como una sola persona, §. 6. *Inst. e. t.*

819. Como nadie puede estipular para otro á no ser

que interese al estipulante, se infiere que ni aun el padre puede estipular para el hijo, §. 4. *Inst. e. t.*, á menos que éste sea heredero, *l. 17. §. 4. D. de pact. l. 33. D. lug. cit.* Por tanto, si alguno estipulare para sí y para un amigo, la obligacion solamente vale de parte del estipulante, §. 4. *Inst. lug. cit.* Por el contrario, si alguno estipula que se dé á él ó á su amigo, adquiere para sí toda la obligacion, bien que puede pagarse al amigo aun contra la voluntad del estipulador, §. 4. *Inst. e. t. l. 31. pr. l. 57. §. 1. D. de solut.*

820. Del mismo principio se sigue que el tutor puede estipular con los contutores que se conserven los bienes del pupilo. Tambien valen otras estipulaciones semejantes cuando interesan al estipulante, §. 19. *Inst. e. t.*

821. Obligándose una persona por medio de la estipulacion á dar ó hacer alguna cosa, son inútiles por razon de la *materia* las estipulaciones que recaen sobre las cosas que no estan en el comercio, §. 2. *Inst. e. t.*, las que no existen ni pueden existir, §. 1. *Inst. e. t.*, porque si no existen, pero pueden existir, v. gr. los frutos futuros, la estipulacion es válida, *l. 73. D. de verb. oblig.* Son tambien inútiles las que se hacen sobre cosas propias, §. 2. *Inst. e. t.*, ó las agenas para el caso en que sean nuestras, §. 22. *Inst. e. t.*, y sobre las cosas torpes que no pueden hacerse legalmente, §. 24. *Inst. e. t. l. 26. D. de verb. oblig. l. 7. §. 3. D. de pact.*

822. Como no podemos obligar á otro con nuestra promesa, en vano se promete que otro dará ó hará alguna cosa, §. 3. *Inst. e. t.* Pero si alguno dice que él hará que otro dé, haga ó prometa una multa ó indemnizacion en el caso que el otro no diere ó hiciere, la promesa será útil, porque con esta estipulacion no obliga á otro sino á sí mismo, *l. 38. §. 21. D. de verb. oblig.*

823. Son inútiles por razon de la *forma*, v. gr. si el promisor y el estipulador no convienen en la misma cosa, §. 23. *Inst. e. t.* Si se comete error no en el nombre, sino en la persona de otro, como si habiendo de prometer á Ticio, se promete á Cayo, *Arg. l. 9. pr. D. de hæred. instit.* Si se pone condicion imposible, §. 11. *Inst. e. t. l. 31. D. de oblig. et act.* Si la estipulacion es perpleja, *Arg. l. 16. D. de cond. inst.*, mas no si es prepóstera (1), §. 13. *Inst. e. t. l. 64. D. de verb. oblig.* Finalmente, si falta la causa de deber, *l. 2. §. 3. D. de dol. et met. exc.*

(1) Llámanse estipulaciones *perplejas* las que se hacen de tal manera que no pueden tener efecto, v. gr. *Si dieres á Ticio todo el fundo Tusculano, ¿prometes dar el mismo á Mevio?* Esta perplejidad vicia tambien la institucion de heredero. Son *prepósteras* aquellas en que se promete para lo presente, y sin embargo se añade dia futuro y condicion, v. gr. *si la nave llegare mañana de Asia, ¿prometes dar hoy?* En estas se obliga el promisor, §. 14. *Inst. e. t.*, sucediendo lo mismo en las últimas voluntades, *l. 25. C. de testam.*

824. Consistiendo la forma esterior de la estipulacion en la congruencia de la pregunta y la respuesta, se infiere que sea inútil la estipulacion si se responde una cosa distinta de la que se pregunta, v. gr. si se pregunta puramente, y se responde bajo de condicion, §. 5. *Inst. e. t.* Preguntando Lysiteles (*Plaut. in Trinum act. 5. escen. 2. v. 34.*), *¿me prometes dar á tu hija por esposa?* y Charmides respondiese: *prometo, y mil Philipos en dote*, la estipulacion era inútil, y por esto aquél tenia que estipular de nuevo poco despues. Si las cosas sobre que recae la estipulacion son divisibles, ésta es válida, §. 18. *Inst. e. t. l. 1. §. 4. l. 83. §. 3. D. de verb. oblig.*

825. Del mismo principio se deduce que la estipulacion de los ausentes es inútil, §. 12. *Inst. e. t.* Que la estipulacion no se haga por cartas ó procurador; pero si se hace por medio de escritura, la presuncion de la verdad y de la solemnidad está en favor de ésta, §. 12. *y* 17. *Inst. e. t. l. 14. C. de contrah. vel committ. stipulat.*

TÍTULO XXI.

Fiadores.

826. Otorgándose la fianza por medio de estipulacion, §. 1. *Inst. de verb. oblig.*, se sigue á ésta el tratado de aquélla, la cual es un negocio grave verdaderamente viril y civil, *l.* 1. §. 1. *l.* 2. §. 1. *D. ad SC. Vellejan.*

827. *Fiador* es el que por medio de estipulacion y sin novacion se hace responsable de una obligacion agena. Si no lo hace por medio de estipulacion sino de pacto, entonces no *fia*, sino *constituye*, *l.* 1. §. 4. *l.* 11. §. 1. *D. de constit. pecun.*, y si anticipa la obligacion principal entonces *manda*, *l.* 12. §. 14. *D. mand.* El que se compromete á responder por la obligacion de otro en términos que éste quede libre, se llama *espromisor*, *l. ult. D. ad SC. Maced.* §. 3. *Inst. quib. mod. toll. obl.*

828. De aquí nacen los axiomas: 1.° la fianza es estipulacion, *l.* 12. *C. de fidejuss.*: 2.° la fianza es un negocio viril y civil: 3.° la fianza es contrato accesorio, *l.* 3. *D. de fidejuss*: 4.° el fiador se obligaba antiguamente como correo, y hoy se obliga en subsidio (1) si usa del beneficio de órden.

(1) Antiguamente se obligaba como correo, de suerte que el acreedor podia, omitiendo al deudor principal, reconvenir inmediatamente al fiador, *l.* 5. *C. de fidejuss. l.* 4. §. 1. *D. de fidejuss. l.* 20. *D. de condict. indeb.* Hoy puede tambien el acreedor hacer lo mismo, si el fiador no usa del beneficio que le concede la ley; pero si se vale de él, entonces repele la accion del deudor, quedando solamente obligado en subsidio.

829. Siendo la fianza una estipulacion, se infiere que los que no pueden obligarse prometiendo, tampoco pueden ser fiadores, como los furiosos, los mentecatos, §. 8. *Inst. de inut. stipulat.*, los infantes y próximos á la infancia, §. 9. *Inst. lug. cit.*, los sordos y mudos, §. 7. *Inst. lug. cit.*, los pródigos, *l* 6. *D. de verb. oblig.*, los pupilos y menores sin la autoridad del tutor ó el consentimiento del curador, §. 9. *Inst. lug. cit. pr. Inst. de auct. tut.*

830. Siendo un negocio civil y viril, se sigue que las mugeres no pueden ser fiadoras por los estraños segun el SC. Veleyano, ni por sus maridos segun la *Nov.* 134. *cap.* 8. *Auth. si qua mulier. C. ad SC. Vellejan.* Que tampoco puedan serlo los militares, *l.* 8. §. 1. *D. qui satisdar. cog.*, ni los clérigos por los seglares, *Nov.* 123. *cap.* 6.

831. Siendo la fianza un contrato accesorio, puede otorgarse en todas las obligaciones nacidas de cualquier contrato (1), §. 1. *Inst. l.* 1. *l.* 8. §. 1. *l.* 16. §. 3. *D. e. t.*, y aun en las naturales que no estan enteramente destituidas de efecto, *l.* 6. §. 2. *l.* 7. *l.* 16. §. 3. *D. lug. cit. l.* 6. *D. de verb. oblig.*; como tambien en las que nacen de delito, si se han de castigar con pena pecuniaria, mas no corporal, *l.* 8. §. 5. *l.* 56. §. *ult. l.* 70. §. *ult. D. e. t. l.* 26. *D. l.* 22. *C. de pœn.*

(1) Es singular que el marido aun cuando quiera no puede dar fiador acerca de la restitucion de la dote, y si lo diere, el fiador no queda obligado, *l.* 2. *C. ne fidejuss. dot. dent.* Pero si se reciben por el marido las prendas dadas en nombre de la dote, *l.* 7. §. 6. *D. de donat. int. vir. et uxor.*

832. Del mismo axioma se deduce, que el fiador puede obligarse mas que el deudor principal, pero no en mas (1) ó en causa mas grave, §. 5. *Inst. e. t.*, ni tampoco en cosa diferente, *l.* 43. *D. lug. cit.* Que estinguida la obligacion principal, la fianza tambien se acaba, *pr. Inst. quib. mod. toll. oblig. l.* 93. §. 2. 3. *D. de solut.*

(1) Es menester no confundir las palabras *mas* y *en mas*. *Mas* significa que el fiador se puede obligar con un vínculo mas fuerte que el deudor principal, v. gr. que éste se oblige por medio de un quirógrafo, y aquél dando prenda. *En mas* quiere decir que el fiador se oblígue en mayor cantidad en tiempo, ó en los otros modos de que hablan la *l.* 7. *tit.* 12. *P.* 5. *y el* §. 5. *Inst. de fidejuss. Nota del traductor.*

833. Estando el fiador obligado en subsidio, se sigue

que no pagando el reo principal, el fiador ó sus herederos estan obligados, *l.* 16. §. *ult* *D. e. t.* Que si hay muchos fiadores, esten obligados in solidum, §. 4. *Inst. l.* 3. *C. e. t.* Que no pagando el reo, se dé contra los fiadores accion *ex stipulatu.* Que si alguno fuere fiador, protestando serlo hasta cierto tiempo, pasado éste, se liberta con la escepcion de pacto ó de dolo, *l.* 44. §. 1. *D. de oblig et act.* Que si el acreedor fuere moroso en hacer la escusion de los bienes del deudor, cuando éste tiene todavía con que pagar, la fianza tambien se estingue (1). *Arg. l.* 41. *pr. D. e. t.*

(1) Sin embargo, es mas acertado provocar al acreedor moroso con la *l. si contendat* 28 *de fidejuss.*, para que ó establezca su accion contra el deudor, ó para que proceda contra el fiador, y oiga que se le oponga la escepcion de orden. Opuesta ésta, el fiador queda libre, particularmente si el deudor principal no tiene despues con que pagar.

834. Del mismo principio nacen los beneficios concedidos á los fiadores, á saber: *de division*, *de órden*, y *de cesion de acciones*.

835. El beneficio de *division* concedido por la constitucion del emperador Adriano permite al fiador, cuando es reconvenido in solidum, oponer la escepcion de que la obligacion se divida entre los confiadores, y que el acreedor pida de cada uno de ellos la parte respectiva, si es que tienen con que pagar, §. 4. *Inst. l.* 26. *l.* 51. §. 1. *D. e. t.*

836. Por tanto, la obligacion no se divide *ipso jure*, sino oponiendo la escepcion, *l.* 26. *D. e. t.*, y si se omite, estan obligados á pagar in solidum, sin poder reclamar la parte del confiador, §. 4. *Inst. l.* 26. *l.* 39. *D. e. t.*, á no ser que el acreedor haya cedido su derecho, *l.* 39. *D. l.* 11. *C. e. t.* Tampoco tiene lugar este beneficio, si los confiadores no tienen con que pagar, *l.* 10. §. 1. *C. e. t.*, si no pueden ser reconvenidos cómodamente, ó si lo hubieren renunciado, *l. penult. C. de pact.*

837. El beneficio de *órden* inventado por Justiniano concede al fiador reconvenido por el acreedor el derecho de

oponer esta escepcion, para no ser compelido á pagar antes que se haga escusion de los bienes del reo principal. *Nov.* 4. *cap.* 1.

838. De aquí es que este beneficio no aprovecha, si es manifiesto que el deudor principal no tiene con que pagar, si éste se oculta y no puede ser reconvenido, *Auth. præsent. C. e. t. Nov.* 4. *cap.* 1., ó si se renuncia á este beneficio, *l. penult. C. de pact.*

839. El beneficio de *cesion de acciones* se concede al fiador que ha de pagar in solidum, para que antes que pague (1) obligue al acreedor á que le ceda las acciones contra los confiadores, y pueda con ellas reclamar de éstos el esceso de lo que pagó, *l.* 17. *l.* 36. *l.* 39. *D. l.* 2. *l.* 11. *l.* 14. *C. e. t.*

(1) Por estricto derecho debe hacerse la cesion antes que se pague, porque con la paga se estingue la obligacion y la accion, y por consiguiente no puede cederse, *l.* 67. *D. de solut. l.* 1. *C. de contrar. tut. jud.* Pero si la paga se hace con la condicion de que se cedan las acciones, la cesion puede hacerse despues de haber pagado, *l.* 76. *D. de solut.*, lo que se debe presumir segun juzga Paulo, *l.* 36. *D. e. t.*

840. El fiador comunmente necesita de la cesion de acciones, no para proceder contra el deudor principal (contra quien tiene recurso ó por la *accion de mandato*, si salió de fiador por el que lo sabia; ó por la *accion de negocios hechos*, si por el que lo ignoraba (1), §. 6. *Inst. e. t. l.* 4. *pr. D. e. t.*), sino contra los confiadores, á quienes no tiene obligados por ningun hecho, supuesto que todo el negocio ha pasado entre el acreedor y los fiadores, y no entre los confiadores, *l.* 39. *D. e. t.*

(1) Con todo, algunas veces establece ó *necesaria* ó *útilmente* las acciones cedidas contra el deudor principal. *Necesariamente*, si fiando por el invito y que lo prohibe, es compelido á pagar, porque así no se dá derecho de proceder contra el que no está obligado por ningun hecho, *l.* 40. *D. l. ult. C. de negot. gest. Utilmente*, si la accion se hace mas pingüe, v. gr. hipotecaria, *l.* 13. *D. e. t.*

TÍTULO XXII.

Obligaciones literales.

841. Así como los contratos *reales* se perfeccionan con la entrega de la cosa, los *verbales* con la solemnidad de *palabras*, los *consensuales* con el solo consentimiento de las partes, así tambien los *literales* se perfeccionan por medio de letras (1).

(1) Los quirógrafos y los singrafos (a) suelen otorgarse en todos los contratos: aquéllos en los *unilaterales*, éstos en los *bilaterales*. Mas esto solamente se hace por via de prueba, *l.* 4. *D. de pign. l.* 4. *D. de fid. instrum.* Por tanto, en estos casos no nace obligacion ni accion de la escritura, sino solamente prueba de que entre el actor y el reo se ha celebrado otro negocio, del cual nace obligacion y accion. Mas aquí se trata del quirógrafo singular, en virtud del cual no solamente nace prueba, sino tambien obligacion. Por esto es que se llama *obligacion literal.*

(a) Llamóse *quirógrafo* entre los romanos una obligacion escrita por una persona, ó firmada con su propia mano y sellada con su anillo; y *singrafo* esta misma obligacion signada por ambas partes, manteniendo cada una en su poder una copia de ella. *Nota del traductor.*

842. La *obligacion literal* es un contrato por el cual, habiendo uno confesado en un quirógrafo que se ha recibido cierta cantidad por via de préstamo, y habiendo dejado pasar dos años sin reclamar, queda obligado en virtud del documento, y puede procederse contra él, aunque no haya recibido el dinero, §. *un. Inst. e. t.*

843. Se deben observar los axiomas siguientes: 1.° el fundamento de esta obligacion es el documento no retractado dentro de dos años: 2.° tiene lugar cuando alguno confiesa que debe el dinero en virtud de mutuo: 3.° pasados los dos años, el deudor se obliga por este documento, aunque no haya recibido el dinero.

844. Del primer axioma resulta que el quirógrafo no produce accion eficaz antes de los dos años; bien que antes no se niega al acreedor accion *certi* de mutuo. Que si en virtud del quirógrafo se procede antes de los dos años, el reo tiene la escepcion de no haber recibido el dinero (*non numeratæ pecuniæ*), *l.* 5. *l.* 8. *l.* 14. *pr. C. de non num. pec.*, la que produce el efecto singular de que el actor esté entonces obligado á suministrar la prueba (1), *l.* 3. *l.* 10. *C. lug. cit.* Que si el acreedor no quiere que nazca accion de su quirógrafo, puede reclamar dentro de los dos años, ó por la condicion sin causa, *l.* 7. *C. lug. cit.*, ó declarar por protesta ó querella interpuesta delante del magistrado que él no ha recibido el dinero, *l.* 8. *l.* 9. *l.* 14. §. 4. *C. lug. cit.* Entonces se perpetúa la escepcion *non numeratæ pecuniæ.*

(1) Esta regla falla en algunos casos, porque no aprovecha al reo esta escepcion: 1.° si despues de los dos años ó en instrumento separado confiesa que ha recibido el dinero, *l. penult. C. de pact. l.* 4. *l.* 22. *C. ad SC. Vellej.*: 2.° si reconociere la obligacion espresa ó tácitamente, como pagando las usuras, *l.* 4. *C. non num. pec.*: 3.° si el heredero niega la deuda que el difunto confesó en el testamento, *l.* 13. *C. lug. cit.*: 4.° si es un banquero el que procede contra el reo en virtud del quirógrafo, *Nov.* 136. *cap.* 5.

845. Como la obligacion literal solamente existe cuando alguno confiesa que debe por causa de mutuo, se sigue que este derecho no se estiende á otros contratos; y que ni en el depósito, ni en otros negocios puede antes de los dos años oponerse al quirógrafo la escepcion de no haber recibido el dinero, á no ser que el que la opone la pruebe evidentísimamente, *l.* 5. 6. 8. *l.* 14. §. 1. *C. de non num. pec.*

846. Mucho menos pertenece este derecho á las cartas de pago, pues de ellas no nace obligacion, sino prueba de que se ha pagado el dinero. Si son públicas, ó si no se reclama contra ellas dentro de treinta dias, son superiores á toda escepcion, *l.* 14. §. 1. *y* §. 2. *C. de non num. pec.*

847. Por tanto, no pertenece á la obligacion literal la carta de pago dada al suegro por el yerno, en la cual éste confiesa haber recibido la dote. Sin embargo, si el ma-

trimonio se disuelve dentro de dos años, se le concede dentro de uno la escepcion de dote no entregada; si se disuelve dentro de diez se le concede dicha escepcion por el espacio de tres meses. Finalmente, si han pasado diez años, se acaba para siempre, *Auth. quod locum*, *C. de dot. caut. non num.*; pero de semejante confesion ó carta de pago no nace obligacion de dar ó hacer.

848. Del tercer axioma, esto es, que el quirógrafo produce obligacion despues de dos años aunque no se haya recibido el dinero, se sigue que en virtud de este quirógrafo puede establecerse la *condicion*, *§. un. Inst. e. t.*, la cual se dá al acreedor contra el que le otorgó ó su heredero para que pague aquello que ha confesado en el quirógrafo haber recibido en calidad de mutuo. Que pasados los dos años, el reo opone inútilmente la escepcion de no habérsele entregado el dinero, aunque se comprometa á probarlo, *§. un. Inst. e. t. l. 8. l. 14. pr. §. 3. C. de non num. pec.*

TÍTULO XXIII.

Obligaciones consensuales.

849. Entre los contratos nominados hay unos que se llaman *consensuales*, no porque en ellos se requiera consentimiento, porque entonces todos serían consensuales, sino porque se perfeccionan con solo el consentimiento, sin necesidad de cosa, palabras, ni escritura, *§. un. Inst. e. t.*

850. De aquí es, que todos son de buena fé, aunque no todos los de buena fe son consensuales; y que pueden celebrarse entre ausentes por señas, y tácitamente, *l. 52. §. ult. D. de oblig. et act.*

851. Los contratos consensuales son cinco, á saber: *compra venta*, *locacion conducion*, *enfitéusis* (al cual dió el emperador Zenon una naturaleza distinta de los demas, *§. 3. Inst. de loc. et cond.*), *sociedad* y *mandato*.

TÍTULO XXIV.

Compra venta.

852. *Compra venta* es un contrato consensual en que se entrega una cosa por cierto precio, *l. penult. §. ult. D. e. t.*

853. Por tanto es de esencia de este contrato: 1.° el *consentimiento*, *pr. Inst. e. t.*: 2.° *la cosa* ó *mercadería* sobre que se consiente, *l. 8. pr. D. contrah. empt.*: 3.° el *precio* en que ambas partes consienten, *l. 72. pr. D. de contrah. empt.*

854. Tomando este contrato su fuerza del consentimiento, se perfecciona desde que se conviene en el precio de la cosa, *pr. Inst. e. t. l. 1. §. ult. l. 2. §. 1. D. de contrah. empt.*, á no ser que los contrayentes convengan en celebrar la venta por escrito (1), pues entonces no se perfecciona el contrato hasta que no se otorga la escritura, *pr. Inst. e. t. l. 17. C. de fid. instr.*

(1) Esto no altera la substancia del contrato de suerte que se convierta en literal. La compra venta queda siendo contrato consensual, porque el fundamento de la obligacion no consiste en la escritura, sino en el consentimiento acerca de un mismo precio; mas se supone que no hay consentimiento sin que el singrafo sea firmado, porque las partes suspenden hasta entonces el efecto del contrato.

855. De lo que se sigue, que antes que la compra venta se perfeccione por el consentimiento ó escritura, pueden arrepentirse, si el comprador que se arrepiente quiere perder la prenda que dió; y si es el vendedor el arrepentido, se compromete á pagar el duplo de ella, *pr. Inst. e. t. l. 17. C. de fid. inst.* Que perfeccionada la compra venta no hay lugar á arrepentimiento, aunque alguno esté dispuesto á sufrir la pérdida de la prenda, ó á dar al vendedor lo que le interese ó el precio duplo, *l. 3. y 6. C. de resc. vend. l. 5. C. de oblig. et act.*

856. Del mismo axioma se infiere, que nadie puede ser obligado á comprar y vender, *l. 11. l. 14. C. de contrah.*

empt., á menos que sea exigiéndolo la equidad ó utilidad pública, §. *ult. Inst. de his qui sui vel al. jur. l. 12. pr. D. de religios. l.* 14. §. 1. *D. quemadm. serv. amitt.*; y que la compra venta hecha por miedo ó fuerza no se aprueba por el pretor, *l.* 9. §. 3. *D. quod met. caus. l.* 1. *C. de resc. vend.*

857. Por la misma razon el dolo que dá causa á la compra venta, la anula, *l.* 7. *pr. D. de dol.*; mas no el incidente, porque no impide el consentimiento, y así solo produce accion de lo comprado, en cuanto á lo que importe, *l.* 13. §. 4. 5. *D. de act. empt.*, ó escepcion de dolo, *l.* 9. §. 1. *D. de dol.*

858. Finalmente, si se comete error en el contrato, en la cosa, en toda la materia ó en su mayor parte, ó en la persona, la cosa se tiene por no comprada, y el contrato es nulo, *l.* 9. *pr.* §. 2. *l.* 41. §. 1. *D. de contrah. empt.*; pero si el error recae sobre una mínima parte de la materia, ó sobre el nombre propio ó cualidad de la cosa, ó sus accesiones, entonces solamente se dá la accion *quanti minoris*, *l.* 9. §. 1. 2. *l.* 14. *l.* 45. *D. e. t. l.* 13. §. 4. 5. *D. de act. empt.*

859. Debe haber *cosa* sobre que se contrate; tales son las que estan en el comercio, *l.* 34. §. 1. *D. e. t.*, y la esperanza, *l.* 8. §. 1. *D. de cotrah. empt.*, v. gr. un lance, *l.* 12. *D. de act. empt.*, las cosas futuras, *l.* 39. §. 1. *D. lug. cit.*, las cosas incorporales, como la herencia y las acciones, *tit. D. y C. de hæred. vel act. vend.*, y aun las cosas agenas (1), *l.* 28. *D. lug. cit.*

(1) La compra venta vale entre los contrayentes. De aquí es que vendida la cosa, el vendedor está obligado á satisfacer al comprador su estimacion con los daños y perjuicios, *l.* 29. *pr. D. de evict.* Pero esta venta no escluye el derecho del verdadero dueño, quien puede vindicar la cosa del comprador, á no ser que éste la hubiere usucapido, *l.* 30. §. 1. *D. de act. empt.*

860. Pero no pueden venderse las cosas que ya no existen, *l.* 15. *pr. D. e. t.*, los hombres libres, *l.* 6. *pr. l.* 34. §. 2. *D. lug. cit.*, las cosas de derecho divino, §. *ult. Inst. e. t.*, las públicas, *l.* 6. *pr. l.* 62. §. 1. *D. lug. cit.*, las mercaderías corrompidas y dañosas, *l.* 34. §. 2. *D. lug. cit.*, las cosas hurtadas, *l.* 35. §. 3. *D. lug. cit.*, y las litigiosas, *l.* 2. *l. ult. C. de litigios.* Hay ciertos artículos prohibidos como la púrpura, las telas de seda, los granos del tributo público, las armas, el vino, el aceite, los oficios públicos; pero ni siempre ni en todas partes se observan estas prohibiciones, *l.* 1. *C. quæ res export. non deb.*

861. Finalmente, los contrayentes deben convenir en un mismo precio, el cual ha de consistir en dinero, §. 2. *Inst. e. t. l.* 1. §. 1. *D. de contrah. empt.* (*Varr. sobre la lengua latin. lib.* 5.: *el precio que se constituye por causa de estimacion y de venta*).

862. De lo que se infiere, que si se dá una cosa por otra, no hay *compra venta*, sino *permuta* (1), §. 2. *Inst. e. t. l. penult. C. de empt. et vend.* Que si en parte se dá cosa y en parte precio, el contrato se llamará compra ó permuta segun la mayor parte de lo que se dé, *l.* 6. *C. de pact. int. empt. et vend.* Si se entregan partes iguales en cosas y en dinero, se ha de atender á lo que se convino al principio, *arg. l.* 6. §. 1. *l.* 24. §. 4. *D. de act. empt.*; de suerte que la presuncion mas fuerte está en favor de la compra venta como contrato mas frecuente, aunque disienta *Carpzov. Part.* 2. *Const.* 32. *def.* 15. *n.* 7.

(1) Los Casianos y Sabinianos pensaron que podia hacerse la venta dando una cosa en lugar del precio, y se fundaban en el pasage del lib. 7. de la Iliada. Mas los Proculeyanos, fundándose en otro pasage del lib. 6. de la misma Iliada, decian que de este modo se permutaba, pero no se compraba. Véase la *l.* 1. §. 1. *D. de contrah. empt.* Justiniano decidió en favor de los Proculeyanos, §. 2. *Inst. e. t.* (*a*).

(*a*) Cualquiera que tenga unas ligeras nociones de economía política, conocerá lo ridículo de esta cuestion, pues atendiendo á la verdadera naturaleza de las cosas y á los efectos que producen, todas las compras ventas no son mas que permutas, en que uno cambia dinero por otro artículo comerciable. *Nota del traductor.*

863. El precio debe ser *verdadero*, *justo* y *cierto*. *Ver-*

dadero, porque si es nominal no hay compra venta, *l.* 2. §. 1. *l.* 36. *l.* 8. *C. e. t.* Así es que si se vende, v. gr. en una moneda no hay venta, *arg. l.* 46. *D. locat. cond.*, sino donacion paliada con otro nombre, *l.* 38. *D. e. t. Justo*, porque la venta se rescinde á causa de la lesion enorme, *l.* 2. *C. de resc. vend.*, cuya ley se estiende á los demas contratos de buena fé. *Cierto*, por sí ó con relacion á otra cantidad, §. 1. *Inst. l.* 7. §. 1. 2. *e. t.*; y por esto si se defiere al precio que fijare un tercero, á él se debe estar, *l. ult. C.* §. 1. *Inst. e. t.*; pero si no los señalare, no hay compra venta.

864. El comprador está obligado á pagar el precio, y el vendedor á entregar la cosa. De aquí es que no pagado el precio, ó no satisfecha la cosa de algun otro modo, ésta no pasa al dominio del que la recibe ni aun con la tradicion, á no ser que se le haya vendido al fiado, §. 41. *Inst. de rer. divis. l.* 19. *D. contrah. empt.* Que el comprador no puede reclamar la cosa sin haber pagado el precio, *l.* 11. §. 2. *fin. l.* 13. §. 8. 9. *D. de act. empt.* Que el vendedor tampoco puede reclamar el precio si no ha entregado la cosa, *l.* 25. *D. de act. empt. et vend.* Que reportando ambas partes iguales ventajas y gravámenes, esten obligados mutuamente á prestar la culpa leve, *l.* 23. *D. de reg. jur. l.* 5. §. 2. *D. commod.*

865. El caso fortuito recae en el dueño de la cosa, *l.* 9. *C. de pign. act.*; pero en la compra y venta el peligro y utilidad de la cosa vendida, luego que se perfeciona el contrato, pasan inmediatamente al comprador, §. 3. *Inst. e. t. l.* 8. *pr. D. de peric. et comm. rei vend.*, no obstante que el vendedor conserva el dominio de la cosa antes de su tradicion. Esceptúanse los casos: 1.° en que el daño procede por dolo ó culpa del vendedor aunque sea leve, §. 3. *Inst. e. t.*: 2.° en que el vendedor se hace responsable del caso fortuito, §. 3. *Inst. e. t. l.* 1. *pr. D. de peric. et commod. rei vind.*: 3.° si la cosa perece por vicio antiguo, *l.* 1. *l. ult. C. lug. cit.*: 4.° si las cosas se venden al peso, número ó medida, pues entonces el peligro no

recae en el comprador, á no ser que se pesen, cuenten ó midan, *l.* 35. §. 5. *D. de contrah. empt.*, ó si vendidas al gusto perecieren antes de gustarlas, *l.* 34. §. 5. *D. lug. cit.*

866. Obligándose ambas partes desde el principio en virtud de este contrato bilateral y nominado, se dan dos acciones directas que llevan el nombre del contrato, á saber: de *compra* y *venta*.

867. La accion de *compra* se concede al comprador que ha pagado el precio, para que obligue al vendedor ó á sus herederos á entregar la cosa vendida con los frutos, aumentos y accesiones, y á resarcir el daño causado aun por culpa leve del vendedor (1).

(7) Si la cosa es tan viciosa que sea inútil al comprador, éste tiene la accion edilicia *redibitoria* para obligar al vendedor á que reciba la cosa viciosa con sus frutos y aumentos, restituyendo su precio, *l.* 21. *l.* 23. *l.* 25. *D. de ædil. ed.*; pero si la cosa no vale el precio en que se ha comprado, le compete la accion edilicia *quanti minoris*, para que se le devuelva del precio tanto cuanto menos vale la cosa, *l.* 18. *pr. l.* 61. *D. lug. cit.*

868. De lo que se sigue que el vendedor está obligado á la tradicion sin poderse eximir de ella aun cuando ofrezca lo que interese, *l.* 11. §. 2. *D. de act. empt.* Que el comprador puede reclamar lo que interesa, si la entrega no se ha hecho por culpa del vendedor, *l.* 1. *pr. l.* 11. §. 9. *D. lug. cit.* Que se dé al comprador libre posesion de la cosa, *l.* 2. §. 1. *l.* 3. *pr. D. l.* 8. *C. lug. cit.*, con los frutos pendientes y percibidos despues del contrato, *l.* 13. §. 10. *D. l.* 13. *l.* 16. *C. lug. cit.*, con todas las accesiones y aumentos, y lo que está fijo ó es inherente á la cosa; pero no los objetos muebles que no pertenecen á la cosa, *l.* 17. *pr. y* §. 6. *l.* 38. §. 2. *D. lug. cit.*, ni el muladar si está calculado mas bien para venderlo que para estercolar el campo, *l.* 17. §. 2. *D. lug. cit.*

869. Al vendedor que entregó la cosa compete la accion de *venta* para obligar al comprador ó á sus herederos á que pague el precio con las usuras debidas desde que em-

pezó la demora, y á resarcir, segun los principios de equidad, el daño causado aun por culpa leve.

TÍTULO XXV.

Locacion conduccion.

870. La *locacion conduccion* es *un contrato consensual en que se permite el uso de alguna cosa por tiempo determinado, ó se prestan servicios pagando cierto precio* (1).

(1) El que arrienda los campos se llama *colono*; el que las casas, *inquilino*, *l.* 37. *D. de adquir. possess.*; y el que los vectigales (*a*), *publicano*, *l.* 16. *D. de verb. sign.* Hay tambien locacion de hacer alguna obra, en la que se debe notar que aquel que dá la pension se llama locador de obra y alquilador de servicios; y el que recibe la pension por hacerla, se denomina alquilador ó *emprendedor* de obra, *l.* 60. §. *penult. D. e. t.*, y locador de servicios, *l.* 22. §. 2. *l.* 25. §. *penult. D. e. t. l. un. pr. D. de æstimat.*

(*a*) Véase la nota del traductor á la página 83.

871. La locacion es ó de *cosas* cuando se concede el uso de una cosa, ó de *servicios* cuando se prestan los que son liberales (1), ó de *obra* cuando se hace alguna obra por cierta merced, *l.* 5. §. 1. *D. de verb. sign.*

(1) Los servicios de las artes liberales no se alquilan, pues segun se dijo en la nota del §. 758 no admiten merced sino honorario. De aquí es que entre el abogado y el cliente no hay locacion conduccion, sino mandato; y entre el maestro y el discípulo, contrato: *hago para que des.*

872. Como en este contrato se presta por cierta merced el uso de la cosa y los servicios, claramente aparece que hay mucha semejanza entre él y la compra venta, *pr. Inst. l.* 2. *pr. D. e. t.*, y por lo mismo pertenecen tambien á su esencia: 1.° el *consentimiento*: 2.° *el uso de la cosa ó los servicios*; *y* 3.° *la merced.*

873. Perfeccionándose con el consentimiento, se sigue que queda perfecto desde el momento en que se conviene acerca de la merced, á no ser que los contrayentes hayan pactado espresamente otorgar escritura, *l.* 17. *C. de fid. instr.*

874. Que puedan celebrar este contrato todos los que puedan consentir y disponer de sus bienes, pero no los decuriones, los militares ni los clérigos, ni tampoco los tutores y curadores en cuanto á las cosas del fisco y del Príncipe antes de haber rendido sus cuentas, *l.* 30. *l.* 31. *C. e. t. l.* 49. *pr.* §. 1. *D. lug. cit. l. un. C. ne tut. vel cur. vect. cond.* Vulgarmente deducen algunos de la *l. un. C. de stud. liberal.*, el privilegio de que los que egercen un oficio ruidoso no pueden alquilar casa junto á la de los literatos contra la voluntad de éstos.

875. Pueden arrendarse todas las cosas que estan en el comercio con tal que no se consuman con el uso, *l.* 3. §. *ult. D. commod.*, y todos los servicios honestos, *arg. l.* 26. *D. de verb. oblig.*, que sea costumbre alquilar, §. 1. 4. *Inst. e. t. l.* 5. §. 2. *D. de præscr. verb. l.* 22. §. 1. 2. *l.* 24. *pr. l.* 25. §. 7. 8. *l.* 26. *l.* 31. *D. e. t.*

876. La *merced* debe consistir en dinero. Así es que el alquiler de los servicios se convertiria en un contrato innominado, *hago para que des*, ó *hago para que hagas*, si se prometiera dar ó hacer otra cosa por ellos, §. 2. *Inst. e. t. l.* 5. §. 2. *D. de præscr. verb.* Sin embargo, los cosas fructíferas pueden arrendarse pagando la pension con una parte de los frutos, *l.* 35. §. 1. *D. l.* 21. *C. e. t.*, en cuyo caso los arrendatarios se llaman *colonos parciales*, y en cierto modo son semejantes á los socios, *l.* 25. §. 6. *D. e. t.*

877. Así como en la compra venta debe haber precio, así en este contrato debe intervenir *merced*, la cual ha de ser: 1.° *verdadera*, pues de otra suerte sería donacion, *l.* 20. §. 1. *l.* 46. *D. e. t.*: 2.° *justa*, porque sino cualquiera de los contrayentes puede rescindir el contrato á causa de la lesion enorme, *l.* 2. *C. de resc. vend.*: 3.° *cierta*, ó por sí ó con relacion al arbitrio de un tercero. De aquí es que

si no se determina la merced, sino que se promete pagar lo que fuere justo, la locacion conduccion es nula, §. 1. *Inst. e. t.* 22. *D. de præscr. verb.*, á no ser que la merced sea legítima, *Mat. cap.* 20. *v.* 4. 7.

878. Siendo iguales las ventajas que reportan los contrayentes, se sigue que ambos se prestan mutuamente la culpa leve, *l.* 23. *D. de reg. jur. l.* 13. §. 1. *l.* 25. §. 3. *l.* 31. *fin. D. e. t.* Que el caso recae sobre el dueño, y por esto se debe rebajar la pension á prorata, si el arrendador no pudiese usar de la cosa por culpa del locador ó por alguna calamidad, *l.* 15. §. 1. *sig. l.* 25. §. 1. *l.* 33. *fin. D. e. t.*, si la abandonare por miedo justo de peligro inminente, *l.* 27. §. 1. *D. e. t. l.* 49. §. 1. *D. ad leg. Aquil. l.* 28. *D. de damn. inf.*, ó si no hubiere sido falta del locador el que no se hayan prestado los servicios, *l.* 19. §. 9. 10. *l.* 38. *pr. D. e. t.*

879. La locacion conduccion se diferencia de la compra venta en que las cosas no se arriendan para siempre, sino las mas veces por tiempo cierto. De aquí se infiere que concluido el tiempo, hechos los servicios, ó estinguido el derecho del causante (1), se acaba la locacion conduccion, *l.* 13. §. *ult. l.* 9. §. 1. *D. e. t.* Que el arrendatario no puede abandonar sin justa causa la cosa arrendada, ni ser espelido por el locador, á no ser que hayan pasado dos años sin pagar la renta; *l.* 54. §. 1. *l.* 56. *D. e. t.*; que haga mal uso de la cosa, *l.* 3. *C. e. t.*; que sea menester repararla, ó que el dueño tenga que usarla por necesidad, *l.* 3. *C. lug. cit.*

(1) De aquí se sigue que vendida la cosa, el comprador puede quitarla al arrendatario, lo que es muy conforme á los principios de derecho, *l.* 9. *C. de loc. cond.*, pues el arrendatario no puede retener la cosa ni por derecho real porque no tiene ninguno, y si acaso será el de hipoteca; ni por derecho personal, porque entre él y el comprador no ha mediado ningun contrato, y como éste es sucesor singular, no está obligado á prestar los hechos de su causante. La accion pues del arrendatario está reducida á exigir del locador lo que interese, *l.* 25. §. 1. *D. loc. conduct.*

880. Finalmente, los antiguos infirieron por equidad

que si el arrendatario usa de la cosa despues de haberse cumplido el tiempo, se supone que la vuelve á arrendar tácitamente por un año si el predio es *rústico*, y bajo las mismas condiciones y por el mismo tiempo, si es *urbano*, *l.* 13. §. *ult. l.* 14. *D. l.* 16. *C. e. t.* De aquí es que la locacion conduccion se divide en *espresa* y *tácita*.

881. Como ambos contrayentes se obligan desde el principio, nacen dos acciones directas, á saber: la una de *locacion*, y la otra de *conduccion*.

882. La accion de *locacion* se dá al locador contra el arrendatario ó su heredero para que pague la renta no satisfecha á su debido tiempo, las usuras debidas despues de la mora, para que acabado el contrato restituya la cosa arrendada, y para que resarza los perjuicios causados aun por culpa leve.

883. La accion de *conduccion* compete al arrendatario contra el locador ó sus herederos para que presten el uso de la cosa ó los servicios, abonen las impensas necesarias y útiles hechas en la cosa arrendada, *l.* 55. §. 1. *l.* 61. *D. e. t.*, y resarzan los daños causados aun por culpa leve.

Enfiteusis.

884. Con motivo de este título, Justiniano trata de la enfiteusis, la que asemejándose en muchas cosas á la compra venta y á la locacion conduccion, se diferencia sin embargo en otras, y tiene una naturaleza particular segun la constitucion Zenoniana, §. 3. *Inst. e. t. l.* 1. *de jur. emphyt.*

885. La palabra enfiteusis se deriva del griego, que significa *sembrar*, *cuasi plantar*. Cuando se formaba alguna provincia, era consuetudinario arrendar para siempre los campos públicos cultivados, pagando anualmente cierto vectigal; mas los campos incultos se daban en enfiteusis por cierto canon anual, concediendo al enfiteuta un derecho próximo al dominio, ó el dominio útil. *Burmann. de vectigal. pop. Rom.* Este derecho se estendió despues á los campos y otros predios de los príncipes, iglesias, ciudades, y aun á los de

los particulares, cuyos bienes empezaron desde entonces á llamarse indistintamente *vectigales y enfitéuticos. Schilt. Exerc.* 16. §. 66. *sig.*

886. Constituida la enfiteusis dá despues de la tradicion *derecho en la cosa*; esto es, dominio menos pleno, ó derecho próximo al dominio, *l.* 12. *fin. C. de fund. patr. l. ult. C. de cens. et censit.*, *l.* 1. *l.* 8. *l.* 11. *C. de omni agr. des.* De aquí es que aquel que tiene el dominio *directo*, se llama *dueño de la enfiteusis*; y el que tiene el dominio *útil*, *enfiteuta.*

887. La enfiteusis se constituye principalmente (1) por *contrato*, y se define: *contrato consensual por el cual se concede á uno para siempre ó por largo tiempo el dominio útil de un predio, pagando cierto canon anual en reconocimiento del dominio*, §. 3. *Inst. de loc. cond. l.* 1. *pr. D. si ager vectig. id est, emphyteut. pet.*

(1) Tambien se constituye por última voluntad y por prescripcion de largo tiempo, *arg. l.* 26. *pr. D. de pign. act. l. ult. C. de præscr. long. temp.*

888. Siendo un contrato consensual, se sigue que se perfecciona desde que los contrayentes prestan su consentimiento. Que la escritura de la cual se ha hablado en el §. 3. *Inst. de loc.*, no se necesita sino por via de prueba, *l.* 1. *C. de jur. emphyt.*, particularmente en las enfiteusis eclesiásticas perpetuas. *Nov.* 7. *pr. Nov.* 120. *cap.* 5. Que este contrato produce, despues de la tradicion, derecho en la cosa, *l.* 20. *C. de pact.*

889. Adquiriendo el enfiteuta el dominio útil, se infiere que le pertenecen todos los frutos y utilidades, aunque sea un tesoro. *Arg.* §. 39. *Inst. de rer. divis.* Que tiene derecho de imponer servidumbre, *l.* 1. §. *ult. D. de superf.*; de mudar la superficie del fundo, con tal que no lo deteriore, *Auth. qui rem C. de SS. Eccles.*; de empeñarlo, *arg. l.* 31. *D. de pign. act.*; de donarlo, permutarlo, *l.* 1. *C. de fund. patr.*, y tambien de venderlo, participándolo al dueño para ver si éste quiere usar del derecho de *prelacion*,

l. 3. *C. de jur. emphyt.* Que soporte las cargas y tributos, *l.* 2. *C. de jur. emphyt.*

890. Síguese tambien que el enfiteuta puede vindicar el fundo enfitéutico de cualquier poseedor y aun del mismo dueño de la enfiteusis, *l.* 1. §. *ult. D. e. t.* Que pueda transferirlo á cualquiera persona ya por título universal, ya por título singular; con la diferencia que el sucesor singular debe la quincuagésima parte por via de laudemio, *l.* 3. *C. de jur. emphyt.*

891. Como el dominio útil se concede en razon del canon anual, y éste se paga en reconocimiento del dominio, se sigue que no se remite, aunque haya esterilidad ó invasion de enemigos, *l.* 1. *C. de jur. emphyt.* §. 3. *Inst. loc. cond.* Que la obligacion de pagar el canon se estingue con la destruccion total de la cosa, *l.* 1. *fin. C. lug. cit.* §. 3. *Inst. e. t.*

892. Ademas de la destruccion de la cosa, tambien se estingue el derecho de la enfiteusis: 1.° por consolidacion, *arg.* §. 3. *Inst. de usufr.*: 2.° por prescripcion, *arg. l.* 15. §. 25. *D. de damn. inf.*: 3.° por no pagar el canon dentro de tres años al dueño secular, *l.* 2. *C. de jur. emphyt.*, y dentro de dos a la Iglesia, *Nov.* 7. *cap.* 3. §. 2, por cuya causa espira *ipso jure* el dominio útil del enfiteuta, el cual no puede purgar la mora, aunque ofrezca el canon antes de establecerse la accion, *l.* 2. *C. de jur. emphyt. l.* 2. *C. de fund. patr. Auth. Qui rem C. de SS. Eccl. Nov.* 120. *cap.* 8. Lo contrario sucede por derecho canónico, *cap. ult. X. de locat.*: 4.° por vender la cosa, ignorándolo el dueño, *l.* 3. *C. de jur. emphyt.*: 5.° por deteriorarla considerablemente. *Auth. qui rem C. de SS. Eccles.*

893. Así como del derecho enfitéutico ya constituido nace accion real ó vindicacion útil, así tambien nacen del contrato por el cual se constituyen dos acciones *enfiteuticarias* directas.

894. La *una* se dá al enfiteuta contra el dueño ó sus herederos para que entregue el predio enfitéutico segun el contrato. La *otra* compete al dueño contra el enfiteuta para que pague el canon, el laudemio, y las demas deudas nacidas del contrato, *l.* 1. *C. e. t.* §. 3. *Inst. de loc. cond.*

TÍTULO XXVI.

Sociedad.

895. El cuarto contrato consensual es la *sociedad*, la cual no se debe confundir con la *comunion de bienes*, pues ésta es un cuasi contrato, aquélla un contrato verdadero: ésta se hace sin intencion de contraerla y aun por caso fortuito, aquélla por consentimiento, *l.* 31. 32. 34. *D. pro soc.*

896. *Sociedad es un contrato consensual por el cual se comunican los bienes y la industria con el objeto de hacer una ganancia comun.* Las relaciones que existen entre los socios son tan estrechas, que se consideran como hermanos, *l.* 63. *pr. D. e. t.*

897. Siendo la sociedad un contrato consensual, se sigue que se perfecciona con el solo consentimiento siguiéndose despues la tradicion, la cual se presume hecha en la sociedad universal, *l.* 1. §. 1. *l.* 2. *D. e. t.* Esceptúanse las acciones y obligaciones, pues no pudiendo entregarse, se comunican por mutua cesion, *l.* 3. *pr. D. lug. cit.*

898. Como se comunican los bienes y la industria, se infiere que la sociedad es ó *universal*, cuando se comunican todos los bienes presentes y futuros adquiridos por cualquier título, *l.* 3. §. 1. *D. e. t.*, ó *general*, cuando solamente se comunican los que proceden de ganancia, mas no por beneficio de los hombres ó de la suerte, *l.* 7. *l.* 8. *l.* 9. *l.* 73. *D. e. t.*, ó *singular*, cuando solamente se celebra para una cosa ó negocio particular, *l.* 5. *pr. l.* 52. §. 5. *D. lug. cit.*

899. Síguese del mismo principio, que tambien vale la sociedad desigual, ya sea que uno ponga menos bienes que otro (1), *l.* 5. §. 1. *D. lug. cit.*, ya que uno ponga el capital y otro la industria, *l.* 5. §. 1. *D. e. t.*; pero es menester que esta sea lícita y honesta, *l.* 52. §. 17. *l.* 53. *y* 57. *D. e. t.*

(1) Hay mucha diferencia entre el que presta la industria como socio, y el institor que recibe salario por sus servicios, pues éste no participa ni de la utilidad ni del perjuicio.

900. Siendo el objeto de la sociedad hacer una ganancia comun, se deduce que no se contrae por medio de donacion *mortis causa*, *l.* 5. §. *ult. D. pro soc.*; y que se prohibe como leonina (*Phedr. Fab. lib.* 1. *fab.* 5.), la sociedad en que se estipula que uno tome todas las ganancias, y el otro sufra todos los perjuicios, *l.* 29. §. 2. *D. e. t.*

901. Considerándose los socios como hermanos, se infiere que deben prestarse mutuamente la culpa leve en concreto (nota del §. 746.), porque eligiéndose ellos mismos entre sí, se conforman con su industria respectiva (1), §. 9. *Inst. l.* 72. *D. e. t.* Que el dolo ó culpa lata del socio se castiga con pena de infamia, *l.* 1. *l.* 6. *D. de his qui not. inf.* Que los socios gozan entre sí del beneficio de competencia, *l.* 63. *pr. D. e. t.*, del cual se tratará mas adelante. Que en la sociedad universal son comunes todos los bienes, aunque sean desiguales las facultades de los socios, y uno de ellos gaste mas que el otro, *l.* 73. *pr. y* §. 1. *D. e. t.* Que en la general solamente son comunes las ganancias, pero no lo que se adquiere por beneficio de los hombres ó de la fortuna, *l.* 7. *y* 71. §. 1. *D. e. t.* Que en la sociedad singular deben repartirse las utilidades con igualdad, §. 1. *Inst. e. t.*

(1) Esta razon se funda en la *l.* 72. *D. pro soc.* Pero como se observa lo mismo en la comunion de bienes, la cual se hace aun por caso fortuito, *l.* 25. §. 16. *D. fam. ercisc.*, es mas probable que esto proceda de que el socio parece que aprueba el cuidado que presta el otro socio toda la vez que no se separa de la sociedad, pudiendo hacerlo libremente.

902. Cuando no se espresan partes, las utilidades y perjuicios se dividen á prorata de lo que cada uno llevó á la sociedad, *l.* 6. *l.* 80. *D. e. t.*; pero si se espresan, así se deben guardar, aunque sean desiguales, §. 1. *Inst. e. t. l.* 29. *pr.* §. 1. *D. e. t.* Cuando uno pone el capital y otro la industria, entonces son comunes las ganancias y perjui-

cios, mas no el capital, §. 2. *Inst. e. t. l.* 52. §. 2. D. *l.* 1. *C. e. t.*

903. Por tanto, las cosas comunes se dividen acabada que sea la sociedad. Esto sucede: 1.º por la muerte natural ó civil aun de uno solo de los socios, §. 5. *Inst. l.* 63. §. *ult. D. e. t.*, no obstante que hayan convenido que la sociedad pase á los herederos (1), *l.* 35. *l.* 59. *D. e. t.*: 2.º Por el mutuo disenso, *l.* 63. §. *ult. D. e. t.*, ó por la renuncia de uno solo, §. 4. *Inst. e. t.*, aunque por otra parte es cierto que los contratos *bilaterales* no se disuelven contra la voluntad de uno de los contrayentes. Sin embargo, en odio de la comunicacion de bienes se permite, *l.* 77. §. 20. *fin. D. de leg.* 2. §. 4. *Inst. e. t.* (ya sea que se pacte espresamente, ó no, *l.* 14. *l.* 70. *D. pro soc.*), que los socios se separen de la sociedad espresa ó tácitamente, *l.* 64. *D. e. t.*, con tal que no lo hagan con fraude ni intempestivamente, §. 4. *Inst. l.* 14. *y* 17. §. 1. *l.* 65. §. 3. *D. e. t.*

(1) La obligacion derivada del contrato de sociedad pasa á los herederos, *ll.* 35. 36. 40. 63. §. 8. *D. e. t.*, pero no la misma sociedad; de suerte que no se les puede obligar á continuar en ella á menos que sucedan en la sociedad de los vectigales, *l.* 59. *D. e. t.* Los socios sin embargo pueden pactar que aunque muera uno de ellos los demas continúen en la sociedad, §. 5. *Inst. e. t. l.* 65. §. 9. *D. lug. cit.*

904. Tambien se acaba: 3.º fenecido el negocio para que se celebró, §. 6. *Inst. l.* 65. §. 10. *D. e. t.*: 4.º transcurrido el tiempo en que habia de durar, *l.* 65. §. 6. *D. e. t.*: 5.º por la cesion de bienes ó la subastacion, §. 7. 8. *Inst. l.* 65. §. 1. *D. e. t.*: 6.º por la destruccion de los bienes de la sociedad, *l.* 63. §. *ult. D. lug. cit.*

905. De este contrato nace la accion *pro socio* directa por ambas partes, con la cual un socio procede contra otro ó sus herederos para que traiga á juicio todos los bienes comunes, rinda cuentas, se comuniquen las ganancias, y se paguen los daños causados aun por culpa leve en concreto.

906. De aquí se manifiesta, que esta accion solamente se dirige á las prestaciones personales; y por lo mismo,

acabada que sea la sociedad, no puede pedirse la division de los bienes comunes con la accion *pro socio*, sino con la *communi dividundo.*

TÍTULO XXVII.

Mandato.

907. El último contrato consensual es el *mandato.* Este *es un contrato consensual por el cual uno recibe para administrar ó hacer gratuitamente un negocio honesto que otro le encomienda en confianza* (1).

(1) Por esto se hizo el mandato antiguamente, dándose la mano en señal de amistad, *Plaut. captiv. act.* 2. *escen.* 3. *v.* 82., y obligándose los contrayentes, no tanto por un vínculo de derecho, cuanto de amistad, *Ger. Noodt. á las Pand. e. t.* De aquí es que Isidoro, *Orig. lib.* 4. *cap.* 4., deriva la palabra *mandato* de la dacion de la mano.

908. El mandato se diferencia: 1.º de la *gestion de negocios*, la cual es un cuasi contrato que consiste en que uno voluntariamente recibe un negocio que no se le ha encomendado: 2.º de la *locacion*, porque esta no es un contrato gratuito: 3.º del *consejo*, porque no se recibe un negocio ageno, ni tampoco obliga, §. 6. *Inst. e. t.*, á menos que sea fraudulento, *l.* 47. *pr. D. de reg. jur.*: 4.º de la *recomendacion*, la que no obliga á aquel á quien se recomienda el negocio, *l.* 12. §. 12. D. *e. t.*: 5.º del *mandato*, por el cual solamente obligamos á los que estan bajo nuestra potestad.

909. Se manda ó *espresa*, ó *tácitamente. Espresamente*, ó de palabra ó por escrito sin necesidad de fórmulas, *l.* 1. §. 2. *D. e. t. Tácitamente*, cuando alguno estando presente, permite que otro maneje sus negocios, *l.* 6. §. 2. *l.* 53. *D. e. t.*

910. El mandato es ó *general*, ó *especial*, segun que se refiere ó á todos los bienes, ó solamente á ciertas cosas, *l.* 58. *l.* 60. *l.* 63. *D. de procurat.*

911. Segun el modo de hacerlo tambien se diferencia en

judicial, *estrajudicial*, *l.* 33. *pr.* §. 1. *l.* 35. §. 3. *l.* 43. *D. de proc.*, *puro*, *á dia* y *condicional*, §. 12. *Inst. l.* 1. §. 3. *D. e. t.*

912. Finalmente, el mandato es ó en *cosa agena*, cuando uno obra en nombre y en utilidad agena; ó en *cosa suya*, cuando uno obra en nombre de otro, pero en utilidad propia. Tal es el mandato que se impone al cesionario, *l.* 33. §. 5. *l.* 34. *D. de procur.*

913. De la misma definicion se infiere, que el mandato se contrae por el solo consentimiento, al que equivale la ratihabicion, *l.* 50 *D. e. t. l.* 60. *D. de reg. jur.* Que no pueden mandarse las cosas ilícitas, ni que de semejante mandato nace obligacion entre los contrayentes, §. 7. *Inst. l.* 6. §. 3. *l.* 22. §. 6. *D. e. t.* Que el mandato no admite merced, pero sí honorario, *l.* 6 *pr. D. e. t.* Que es nulo lo que se hace traspasando los límites del mandato, y que en tal caso el mandante no se obliga por la conducta del mandatario, *l.* 5. *D.* §. 8. *Inst. e. t.*

914. Como el mandante deposita su confianza en el mandatario, se sigue que éste ordinariamente no puede sustituir; pero si lo hiciere, y el sustituto desempeña su encargo en utilidad del mandante, éste queda obligado entonces en virtud de lo hecho, *l.* 8. §. 3. *l.* 46. *l. ult.* §. *fin. D. e. t.* Que por cuanto el mandatario recibe voluntariamente una obligacion en que se requiere suma industria, casi siempre está obligado a prestar la culpa levísima, *l.* 13. *l.* 21. *C. e. t.* Que el mandatario que no corresponde por dolo ó culpa lata a la esperanza de su amigo, sea castigado con la pena de infamia (1), *l.* 1. *l.* 6. §. 6. *D. de his qui not. inf.* §. 2. *Inst. de pœn. tem. ligit. l.* 21. *C. mand. Cic. pro Rosc. Am. cap.* 38.

(1) En los contratos de esta naturaleza (§. 744.) solamente se castiga con pena de infamia á los condenados por dolo con accion contraria; mas aquí tambien se impone la misma pena al mandante reconvenido con la accion contraria y condenado, si manda á otro que le fie, y despues rehusa dolosamente indemnizarle, *l.* 6. §. 5. *D. de his qui not. inf.*

915. El mandato se acaba: 1.° por el mutuo disenso,

§. *ult. Inst. quib. mod. toll. obl.*: 2.° por la revocacion del mandante, con tal que se haga antes de haberse practicado algun acto en virtud del mandato, §. 9. *Inst. e. t.*: 3.° por la renuncia no intempestiva del mandatario, *l.* 11. *Inst. e. t. l.* 22. §. *ult. D. e. t.*: 4.° por la muerte de los contrayentes, *l.* 26. *l.* 27. §. 3. *D. e. t.*

916. Como en este contrato *bilateral* el mandatario se obliga desde el principio, y el mandante despues de hecho el negocio, nacen dos acciones de *mandato*, una *directa* y otra *contraria*, *l.* 3. §. 1. *D. e. t.*

917. El mandante establece la *directa* contra el mandatario ó sus herederos, para que acabe el negocio de que se hizo cargo, ó pague lo que interese, *l.* 5. §. 1. *D. e. t.*; para que entregue la cosa adquirida con los frutos en virtud del mandato, *l.* 8. §. *ult. D. lug. cit.*, y preste los daños causados por dolo y aun culpa levísima.

918. La *contraria* se dá al mandatario contra el mandante ó sus herederos para conseguir su indemnizacion.

TÍTULO XXVIII.

Obligaciones que nacen de cuasi contrato.

919. Hasta aquí hemos tratado de los contratos verdaderos; ahora pasamos á considerar las obligaciones que nacen de *cuasi contrato*, cuyo fundamento hemos esplicado en el §. 737.

920. Los *cuasi contratos son unos hechos honestos que obligan aun á los que no lo saben, en virtud del consentimiento presunto, nacido de la equidad ó de la utilidad* (1).

(1) Así como los contratos se derivan del consentimiento verdadero, así los cuasi contratos nacen del cuasi consentimiento, esto es, presunto ó fingido, *l.* 13. §. *ult. D. comm. div. l.* 3. *fin. D. ex quib. caus. in possess*, pues si no se necesitara de consentimiento verdadero ó fingido, entonces no habria fundamento para referirlos á los contratos, *l.* 23. *D. de reg. jur. l.* 49. *D. de oblig. et act.*

921. Los fundamentos principales del consentimiento presunto son los siguientes: 1.° se presume que cada uno consiente en aquello que le produce utilidad: 2.° no se presume que nadie se quiere hacer mas rico con perjuicio de otro, *l. 14. D. de condict. indeb.*: 3.° el que quiere lo que antecede, debe tambien querer lo que sigue.

922. Los cuasi contratos son: 1.° la *gestion de negocios*: 2.° la *tutela*: 3.° la *administracion de la herencia*: 4.° la *administracion de los bienes comunes*: 5.° la *adicion de la herencia*: 6.° la *paga de lo indebido*. En las Pandectas se numeran otros.

923. I. La *gestion de negocios es un cuasi contrato, por el cual uno maneja espontánea, gratuita y estrajudicialmente los negocios de alguna persona ausente*, §. 1. *Inst. e. t.* De aquí es, que el *gestor de negocios* no se puede confundir con el *mandatario*, el *procurador*, ni el *defensor*. El *mandatario* no se constituye sino por mandato, mas el *defensor* aun sin él; bien que no se hace cargo sino de negocios judiciales, siendo menester que preste caucion de estar á las resultas del pleito, *l. 46. §. 2. D. de procurat.* El *gestor de negocios* ni obra por mandato, ni defiende á otro en juicio, ni está obligado á dar caucion. Por este motivo la muger puede ser gestora de negocios, *l. 3. §. 1. D. de negot. gest.*

924. Fingiéndose en este cuasi contrato que la persona que no tiene conocimiento del negocio consiente en razon de la utilidad que adquiere, y de que es injusto que se haga mas rica con perjuicio de otro, se sigue que el gestor de negocios debe obrar útilmente, y por lo mismo está obligado á prestar la culpa leve. Que si él se ofrece, prefiriéndose á otros, entonces presta hasta la culpa levísima; si se hace cargo del negocio por urgente necesidad, solo es responsable por el dolo y culpa lata, *l. 3. §. 9. D. lug. cit.*; y si toma sobre sí una cosa espuesta á muchas casualidades, y que el dueño ausente no acostumbra hacer, entonces presta aun el caso fortuito, *l. 11. D. l. 20. C. de neg. gest. §. 1. Inst. e. t.* Que está obligado á dar cuentas al dueño de la cosa, y á restituirla con las usuras, *ll. 2. 23. 30. D. e. t.*

925. Infiérese tambien, que el gestor de negocios tiene obligado á aquel cuyos negocios maneja, aunque sea sin su conocimiento; y mucho mas al furioso, y á aquel acerca de cuya persona se ha equivocado, *l. 3. §. 5. l. 5. §. 1. D. de negot. gest.* Que la obligacion del ausente no se estingue, si despues de haber obrado útilmente, la utilidad se destruye por caso fortuito, *l. 10. §. 1. l. 12. §. 2. D. lug. cit.* Que el ausente debe indemnizar al gestor de negocios, *l. 2. l. 27. l. 31. l. 45. D. lug. cit.*

926. Segun lo que hemos dicho, el gestor de negocios se obliga *desde el principio* por la naturaleza del mismo contrato, y el ausente despues de hecho el negocio. De lo que se sigue, que de este cuasi contrato nacen dos acciones de negocios hechos, una *directa* y otra *contraria*, §. 1. *Inst. e. t.*

927. La *directa* se dá al dueño contra el gestor de negocios ó sus herederos para dar cuentas, restituir las cosas que tenga en su poder, y prestar la culpa segun el modo de la gestion.

928. La *contraria* compete al gestor de negocios ó á sus herederos para exigir la indemnizacion, §. 1. *Inst. e. t.* Esta accion no tiene lugar si no se obra útilmente, *l. 10. §. 1. l. 15. l. 27. D. de negot. gest.*, si se gestiona por el invito ó por el que lo prohibe, *l. 8. §. ult. D. l. ult. C. lug. cit.*; ó si alguno gestiona movido de equidad ó con intencion de donar, *l. 27. §. fin. l. 34. y 44. D. l. 11. l. 13. l. 15. C. lug. cit.*

929. II. La *tutela* es cargo público, pero del cuasi contrato nace obligacion entre el tutor y el pupilo, §. 2. *Inst. e. t.* En este sentido la tutela es *cuasi contrato, por el cual recibiendo el tutor el cuidado del pupilo y de sus bienes, se obliga á rendir cuentas y á prestar una exacta diligencia* (1), *mientras que éste se constituye á indemnizar al tutor.*

(1) Por tanto, éste está obligado á prestar la culpa leve, *l. 23. D. de reg. jur.*, y la levísima si se ofrece voluntariamente, §. 1. *Inst. de satisdat. tutor.* Los herederos solamente estan obligados al dolo y culpa lata, *l. 1. C. de hær. tut.*

930. De este cuasi contrato nace accion de *tutela directa* y *contraria*.

931. La accion *directa de tutela* compete al pupilo, acabada la tutela, contra el tutor ó sus herederos para pedir las cuentas y el resarcimiento de los daños causados por culpa leve, cuando se procede contra el tutor; y por culpa lata, cuando se exigen de los herederos, *l. 1. pr. D. de tut. et rat. distr.*

932. La contraria se dá al tutor contra el pupilo para que cobre las impensas é indemnizacion, si ha desempeñado la tutela como un diligente padre de familia, *l. 1. pr. D. de contr. tut. et util. act.*

933. Ambas acciones útiles de *tutela* se dan por la misma razon á los menores y curadores, *l. 1. §. 2. D. de contr. tut. et util. act.*

934. III. IV. La *comunion de la herencia y de las cosas* no son cuasi contratos, sino derecho en la cosa, á saber: en la herencia ó en la cosa comun; pero el administrador de la herencia y de los bienes comunes cuasi contrae, se obliga á dividir los bienes comunes y á dar cuentas, y se compromete respecto del socio ó del coheredero á ciertas prestaciones personales, *l. 3. §. 4. Inst. e. t.*

935. De ambos cuasi contratos nacen dos acciones, *l. 2. §. 3. l. 44. §. 4. D. fam. erc. l. 2. §. 1. D. comm. divid.*; del uno la de la *division de toda la herencia* (familiæ (1) erciscundæ); y del otro, la de la *division de los bienes comunes* (communi dividundo).

(1) La palabra *familia* significa tambien *herencia*, en cuya acepcion se debe tomar en algunos párrafos de esta obra, pues si uso algunas veces de la primera con preferencia á la segunda, es solo haciendo el sacrificio de la claridad al lenguage y tecnicismo con que se espresaron las leyes de las doce tablas. Bien conozco que esta nota pertenece á otro lugar, pero no debe olvidarse que aqui no hacemos mas que reparar una omision involuntaria. *Nota del traductor.*

936. La accion *familiæ erciscundæ* se dá al coheredero contra el coheredero (no contra el poseedor que tiene los bienes hereditarios por título singular, *l. 2. pr. l. 25. §. 7. D. fam. erc.*) para dividir la herencia comun, escepto las deudas activas y pasivas que se dividen *ipso jure* entre los coherederos, *l. 2. §. ult. l. 4. pr. D. l. 6. C. fam. erc.*; las cosas de uso prohibido, *l. 4. §. 1. 2. D. lug. cit.*, y los instrumentos comunes, *l. 5. D. lug. cit.* Dase tambien para conseguir ciertas prestaciones personales, v. gr. la restitucion de las impensas y de los daños, *l. 16. §. 4. sig. l. 17. l. 25. §. 16. l. 29. l. 44. §. 3. y ult. D. lug. cit.*

937. La accion *communi dividundo* se establece por el socio contra el socio para dividir los bienes comunes, *l. 1. D. comm. div.*, y conseguir las prestaciones personales, *l. 3. pr. D. lug. cit.*

938. El coheredero debe prestar al coheredero, *l. 25. §. 16. D. fam. erc.*, y el socio al socio en la cosa comun, *arg. l. 25. D. lug. cit.*, la culpa leve en concreto. La razon de esto la esplicamos ya en la nota del §. 901.

939. V. La *adicion de la herencia* es un *cuasi contrato por el cual se supone que el que ade la herencia contrae con los legatarios y fideicomisarios* (1), *obligándose á dar los legados y fideicomisos*, §. 5. *Inst. l. 3. sig. quib. caus. in poss. eat. l. 1. C. comm. de legat.*

(1) Mas no con los acreedores, pues éstos proceden contra el heredero, no en virtud del cuasi contrato de la adicion, sino directamente en razon de los hechos del difunto, *l. 49. D. de oblig. et act. Nov. 48. præf. v. cum utique*, cuyas obligaciones pasan todas al heredero luego que ade la herencia, *l. 2. §. 2. D. de verb. oblig. l. 59. D. de reg. jur.*

940. De este cuasi contrato nace *accion personal de testamento*, la cual se dá á aquellos á quienes se debe alguna cosa en testamento contra el heredero que ade, para que entregue los legados y fideicomisos con las acciones y usuras debidas desde el tiempo de la mora, y satisfaga los daños causados aun por culpa levísima, *l. 47. §. penult. de legat. 1. l. 33. pr. D. de legat. 2. l. 17. D. de duob. reis. §. 5. Inst. e. t.*

941. Finalmente, *la paga de lo indebido* es un *cuasi contrato por el cual pagando uno por error de hecho lo que no debe naturalmente, obliga á la restitucion al que recibe la paga por ignorancia*, §. 6. *Inst. e. t.*

942. Siendo el fundamento de este cuasi contrato la paga hecha por error de hecho, se sigue que el que paga á sabiendas lo que no debe, se supone que lo hace con ánimo de donar, *l. 53. D. de reg. jur. l. 1. §. 1. D. de condict. indeb.* Que el que paga por ignorancia de derecho no puede recobrar lo pagado, *l. 10. C. l. 9. pr. D. de reg. jur. et fact. ign. l. 6. 7. C. de cond. indeb. l. 9. C. ad leg. Falc.*, á no ser que sea menor, muger ú otra persona á quien se dispensa la ignorancia de derecho, *l. 9. D. de jur. et fact. ign.* Que si el error recae en la persona, siempre hay lugar á la repeticion, *l. 19. §. 1. l. 65. §. ult. D. l. 5. C. de cond. indeb.*

943. Como lo que se paga es menester que á lo menos no se deba naturalmente, se deduce que puede repetirse lo que se debia por derecho civil, mas no naturalmente, *l. 13. l. 19. l. 38. D. de condict. indeb.*, á no ser que la ley repela enteramente la obligacion natural, como sucede en la obligacion de los pupilos, de los pródigos, de las mugeres fiadoras, *l. 127. l. 6. D. de verb. oblig. l. 41. D. de condict. ind. l. 16. §. 1. D. ad SC. Vellej.* Que si se paga lo que no se debe ni por derecho natural ni civil, ó lo que solo se debe por derecho civil, puede repetirse, *l. 29. y 22. l. 26. §. 3. 7. l. 40. l. 54. l. 56. D. de condict. indeb.*

944. Por cuanto en el que recibe se requiere ignorancia, es claro que puede repetirse lo que otro recibe dolosamente, no solo en virtud de cuasi contrato, sino tambien de delito; y por lo mismo en este caso no solamente se dá accion para repetir la cantidad, sino tambien condicion furtiva, *l. 18. D. de condict. furt.*

945. De este cuasi contrato nace la *condicion de lo indebido*, cuya accion es de estricto derecho, y compete al que paga por error lo que no debe contra el que recibe ó su heredero, para que restituya lo que se ha pagado con los frutos y accesiones, *l. 15. pr. l. 65. §. 5. D. de condict. indeb.*; mas no con las usuras (nota del §. 740.), *l. 1. C. e. t.*

946. Esta condicion facilmente se distingue de las otras, pues el que paga no por error, sino por cierta causa honesta y futura, la cual no se verifica despues, puede repetir lo que dió con la *condicion causa dada, causa no seguida*, *l. 1. sig. D. de condict. caus. dat.* El que dá por causa futura y torpe solamente de parte del que recibe, tiene la *condicion por causa torpe*, *l. 1. pr. §. 1. 2. D. de condict. ob turp. caus.* Por último, el que dá simplemente sin ninguna causa, no puede usar de ninguna de las dos condiciones anteriores, pero puede pedir la restitucion de la cosa con la *condicion sin causa*, *l. 1. sig. D. de condict. sin. caus.*

TÍTULO XXIX.

Personas por medio de las cuales adquirimos obligacion.

947. Por medio de las personas que adquirimos los bienes, por esas mismas adquirimos tambien las *obligaciones*. Mas habiendo tratado estensamente de esta materia en el *lib. 2. tit. 9. §. 435*, ahora solo nos resta añadir que en la obligacion nacida de los contratos se atiende al principio de la cosa (1), *l. 78. pr. in fin. D. de verb. oblig.*; y por tanto la condicion existente se retrotrae al principio, *l. 11. §. 1. D. qui potior. in pign.*

(1) Lo contrario sucede en los legados, pues subsisten desde que cede el dia, *l. 18. D. de reg. jur. l. 5. §. 2. D. quand. dies leg. ced.*

948. De cuyo axioma se sigue que el hijo de familia adquiera para el padre, y el esclavo para el amo, aunque estipulen para el caso en que sean hombres de su derecho, *l. ult. D. de stipulat. servor.* Que el padre y el amo adquieran la obligacion, aunque la condicion exista emancipado ya el hijo, *l. 78. pr. D. de verb. oblig.*

TÍTULO XXX.

Modos de estinguirse las obligaciones.

949. La obligacion se acaba ó por *escepcion*, ó *ipso jure*. Del primer modo no se acaba, á no ser que la escepcion se oponga en juicio; *l.* 27. §. 2. *D. de pact.*, del segundo se estingue en virtud de la ley, y aun antes que se alegue que está acabada. Del primero no nace accion; del segundo nace, pero se destruye con escepcion.

950. Los modos de estinguirse las obligaciones son ó *comunes* á todos ó á la mayor parte de los contratos, como la *paga*, *compensacion*, *confusion*, *oblacion y consignacion*, *destruccion de la cosa y novacion*; ó *propios* á cierta especie de contratos, como la *aceptilacion* y el *mutuo disenso*.

951. Éstos se fundan en la regla de derecho: *nada es tan natural como el que una cosa se disuelva del mismo modo que se constituye*, *l.* 35. *l.* 100. *D. de reg. jur.*

952. El primer modo *comun* es la *paga*, la cual es la *verdadera satisfaccion de lo que se debe*, *l.* 176. *D. de verb. sign.*, pues aquí no se toma en términos generales, v. gr. dando una cosa por otra, sino aquello que verdaderamente se debe, *l.* 49. *D. de solut. pr. Inst. e. t.*

953. Debiendo darse alguna cosa por medio de la solucion, se sigue que puede pagar y quedar exento de la deuda el que tiene la libre administracion de sus bienes, §. *ult. Inst. quib. alien.*, ya sea que pague por sí ó por otro, mandándolo ó ignorándolo éste, ó contra su voluntad, *l.* 23. *l.* 40. *l.* 53. *D. de solut.* El que paga por el invito no tiene recurso contra él, á no ser que el acreedor le ceda su derecho (nota al §. 840.).

954. De aquí se infiere que el furioso, el pupilo y el menor no pueden pagar sin autoridad del tutor ó consentimiento del curador, §. *ult. Inst. quib. alien. lic. l.* 9. §. 2. *D. de auct. tut. l.* 3. *C. de in int. rest. min.*, ni que tampoco

se les puede pagar sin autoridad del tutor, consentimiento del curador, y decreto del magistrado, §. 2. *Inst. quib. alienar. lic. l.* 15. *l.* 96. *D. de solut.*

955. Siendo la paga la verdadera prestacion de lo que se debe, se sigue que no pueda pagarse una cosa por otra contra la voluntad del acreedor, *pr. Inst. e. t. l.* 2. §. 1. *D. de reb. cred.*, ni por partes, invito éste, *l.* 9. *C. de solut. l.* 41. §. 1. *D. de usur.*, á no ser que la deuda no esté liquidada en parte, *l.* 21. *D. de reb. cred.*, ni tampoco en otro tiempo ni lugar que el convenido, *l.* 39. *D. de solut.*

956. Como la obligacion se disuelve luego que se hace la paga verdadera, se deduce que el reo, los fiadores, las prendas é hipotecas quedan libres *ipso jure*, *pr. Inst. e. t. l.* 43. *D. de solut.*; pero en cuanto á las prendas se debe advertir que si existen otras deudas, el acreedor puede retenerlas, *tit. C. etiam ob chirogr. pecun. pign. ten.*

957. El otro modo comun es la *compensacion*, y se define: *descuento de las deudas y créditos recíprocos*, *l.* 1. *D. de compens.*

958. Verificándose la compensacion cuando hay deudas recíprocas, se sigue que no pueden compensar los que tienen un crédito injusto, *l.* 14. *D. l.* 2. *C. de compens.*, ó meramente natural é incapaz de producir efecto, *l.* 30. *l.* 41. *D. de condict. indeb.*, ó ilíquido, *l. ult.* §. 1. *C. de compensat.*, ó contraido bajo de condicion ó desde dia, *l.* 7. *l.* 16. §. 1. *l.* 22. *D. lug. cit.* Que deba ser cierta la estimacion de ambas deudas, *l.* 4. *l.* 8. *l.* 12. *C. lug. cit.*, y por esto no se compensa la especie con el género, ni el género con género diverso, *l.* 18. *pr. D. de pign. act. l.* 2. §. 1. *D. de reb. cred. l.* 16. *C. de solut.*, ni delito con delito, *l.* 2. §. 4. *l.* 13. §. 5. *D. ad leg. Jul. de adult.* Tampoco hay compensacion si las personas que compensan no son mutuos deudores y acreedores, *l.* 16. *pr. l.* 18. §. 1. *D. l.* 9. *C. de compens.*

959. Descontándose la deuda y el crédito, se sigue que la compensacion produce el mismo efecto que la paga, *l.* 4. *l.* 12. *C. de compens.*; y que desde el momento en que se

contraen deudas mutuas, ó ambas se estinguen, ó una de ellas se rebaja *ipso jure* hasta la suma equivalente (1), §. 30. *Inst. de act. l. ult. C. de compens.*

(1) Así es por derecho nuevo, pues por derecho antiguo habia mucha diferencia entre los contratos de *buena fé* y los de *estricto derecho*. En aquéllos la compensacion disminuia la deuda *ipso jure*; en éstos por la *escepcion de dolo malo*, §. 30. *Inst. e. t.* (nota al §. 740.).

960. La *confusion* es, cuando la obligacion del deudor y el derecho del acreedor se reunen en una misma persona, *l.* 75. *l. penult. D. de solut.*, pues obligándose por medio de los contratos una persona á otra, es claro que nadie puede deberse á sí mismo, y por lo tanto se estingue la obligacion.

961. El cuarto modo es la *oblacion* y *consignacion* por el cual se estingue la obligacion, si ofreciendo el deudor toda la deuda en el lugar y tiempo legítimo, y no queriendo recibirla el acreedor, aquél la *sella* y *deposita* en juicio con citacion de éste, *l.* 19. *C. de usur. l.* 9. *C. de solut.*

962. Hecho esto, el deudor queda libre de la obligacion, no solo en cuanto al capital, sino tambien en cuanto á las usuras, las cuales cesan inmediatamente, *l.* 19. *C. de usur.*, y del peligro de la cosa, pues desde entonces no perece para el deudor sino para el comprador, *l.* 9. *C. de solution.*

963. El quinto modo comun es la *destruccion de la cosa*, el cual solamente pertenece á la deuda de especie, *l.* 23. *l.* 49. *pr. D. de verb. oblig.*, mas no á las que consisten en género y cantidad, porque éstas no perecen.

964. Estribando el fundamento de esta disposicion en que el caso fortuito recae sobre el dueño, se sigue que la destruccion de la especie no liberta al deudor moroso, *l.* 23. y 49., á no ser que la cosa tambien hubiera de perecer en poder del dueño, *l.* 14. §. 1. *D. depos. l.* 15. §. *ult. D. de rei vind.* Que tampoco se liberta aquel por cuya culpa se perdió la cosa, *l.* 23. *fin. D. de reg. jur. l.* 23. *l.* 49. *pr. D. de verb. oblig.* Que los ladrones y violentos po-

seedores de ningun modo se libertan con la destruccion de la cosa, *l. ult. D. de condict. furt. l.* §. 34. *l. penult. D. de vi et vi arm.*

965. El sesto modo comun es la *novacion*; esto es, la *trasfusion y traslacion de la primera deuda en otra obligacion civil ó natural contraida por medio de estipulacion*, *l.* 1. *pr. D. de novat. l.* 27. §. 2. *D. de pact.*

966. Siendo comun á todos los contratos, es claro que todas las obligaciones civiles, pretorias y naturales pueden novarse por palabras, por consentimiento, ó de otro cualquier modo, en otras no solamente civiles sino tambien meramente naturales, v. gr. si el pupilo espromete sin autoridad del tutor, *l.* 1. §. 1. *l.* 2. *l.* 5. *l.* 14. *D. lug. cit.*

967. La novacion se divide en *voluntaria* y *necesaria*. Aquélla se hace mediando estipulacion (1) por convencion de las partes, *l.* 2. *D. lug. cit*, ésta se hace por la contestacion del pleito, entablado el juicio, *l.* 29. *D. lug. cit.* Aquélla se hace tambien ó *sin delegacion* ó *con delegacion*.

(1) Cuando se dice que los ausentes pueden librarse de sus obligaciones por medio de la novacion, *l.* 13. §. 10. *de acceptil.*, y que la delegacion se hace por consentimiento, por señas y por carta, *l.* 17. *D. de novat. et deleg.*, se debe entender del mandato por el cual el delegante sustituye á otro, pues la misma novacion, esto es, la nueva obligacion del delegado, se constituia entre presentes ó por procurador, mediando palabras solemnes ó estipulacion, *l.* 27. *D. lug. cit. Paul. sent. recept. lib.* 5. *tit.* 8.

968. Se hace *novacion sin delegacion* siempre que quedando el mismo deudor y acreedor, se muda ó la especie de la obligacion, v. gr. si debiendo por compra se constituye á pagar por estipulacion, §. 3. *Inst. e. t.*, ó se añade ó quita alguna cosa á la primera obligacion, v. gr. si se promete puramente lo que se debe bajo de condicion, §. 3. *Inst. e. t.*, ó no se muda nada de la primera obligacion, pero espresamente se manifiesta la intencion de novar, *l.* 2. *D. lug. cit. l. ult. C. lug. cit.* Si no se hace esto, subsisten la primera y la segunda obligacion, *l. ult. C. lug. cit.*

969. Por el contrario, la *delegacion* se hace *siempre que*

se sustituye nuevo deudor al primero, *l.* 11. *pr. D. lug. cit.* El nuevo reo se llama *espromisor*, *l.* 8. §. 5. *D. de novat.*, ya sea que el mismo delegue voluntariamente, *l.* 4. §. 1. *D. de manumiss.*, lo que hizo Paulo cuando medió por Onesimo, *Philem. v.* 18. 19. *Zach. Huber. Dissert. philol. jurid. lib.* 1. *dis.* 3. *cap.*, ya sea que se delegue por el primer deudor, precediendo mandato, *l.* 17. *D. de novat.*

970. De lo dicho se infiere, que el primer deudor queda libre por medio de la delegacion, aunque el delegado no tenga despues con que pagar, *l.* 26. §. 2. *D. mand. l.* 3. *C. de novat.* Que la delegacion deba hacerse con consentimiento del acreedor y del delegado, *l.* 1. *l.* 6. *C. lug. cit.* Que regularmente media mandato entre el delegante y el delegado, y estipulacion entre el acreedor y el delegado, *l.* 1. §. 1. *l.* 17. *D. de novat.*

971. Por tanto, la *espromision* se distingue facilmente de la *fianza* ó *adpromision* y del *constituto*, pues ninguno de estos dos estingue la obligacion anterior. Distínguese tambien la delegacion de la *cesion*, pues por ésta se muda la persona del acreedor, aun contra la voluntad del deudor, *l.* 1. *C. lug. cit.*, y por lo mismo no es novacion, *l.* 3. *C. de novat.*

972. La novacion *voluntaria* produce en cuanto á la primera obligacion los mismos efectos que la paga, §. 3. *Inst. e. t.*

973. El efecto de la novacion necesaria ó de la contestacion del pleito es que despues de establecido el juicio, la accion temporal se hace perpetua, y la penal, persecutoria de la cosa, *l.* 6. §. *ult. D. de re jud. l.* 26. *D. de oblig. et act.*, siendo este el motivo por que la accion penal se dá tambien contra el heredero, §. 1. *Inst. de perpet. et tempor. action. l.* 1. *C. ex delict. def. in quant. hær.*

974. Los modos *propios* á ciertos contratos son la *aceptilacion* y el *mutuo disenso.*

975. No habiendo nada tan natural, segun los principios del derecho romano, como el que una cosa se disuelva del mismo modo que se constituye, se seguia que la *obligacion verbal se estinguiese por palabras*, *l.* 35. *D de reg. jur.* Por tanto la nuda remision ó el pacto de no pedir no estinguia la obligacion *ipso jure*, sino que solamente producia escepcion de pacto, §. 3. *Inst. de except. l.* 7. §. 4. *l.* 27. §. 2. *D. de pact.* Pero la *aceptilacion* estinguia *ipso jure* la obligacion contraida por medio de estipulacion, *l.* 1. *D. de acceptilat.*

976. Es pues la *aceptilacion* un *acto legítimo por el cual mediando la pregunta del deudor y la congrua respuesta del acreedor, se disuelve la obligacion contraida por medio de estipulacion*, *l.* 1. *D. de acceptil.* La fórmula era: *¿tienes recibido lo que te prometí? Lo tengo recibido*, §. 1. *Inst. e. t.*

977. Siendo acto legítimo, se sigue que no pueda hacerse por el tutor, el curador, ni el procurador, *l.* 3. *l.* 13. §. 10. *D. de acceptilat.*, ni tampoco bajo de dia ni condicion, *l.* 4. *l.* 5. *D. lug. cit.*; pero lo que se debe de alguno de estos dos modos, puede remitirse puramente con la aceptilacion, *l.* 12. *D. lug. cit.*

978. Considerándose la obligacion como enagenada á consecuencia de que se estingue por la aceptilacion, se sigue que si ésta se hace por el pupilo sin autoridad del tutor, vale en lo que le es favorable, *l.* 2. *D. lug. cit.*; pero no perjudicial, *l.* 1. *C. lug. cit.* Que de este modo puede estinguirse la deuda en todo ó en parte, con tal que sea divisible por su naturaleza, §. 1. *Inst. e. t. l.* 9. *l.* 10. *l.* 13. §. 1. *D. de acceptilat.*

979. Finalmente, de la definicion del §. 976., y del axioma del §. 975., se infiere que la aceptilacion solamente pertenece á las obligaciones verbales, §. 1. *Inst. e. t. l.* 8. §. 3. *D. de acceptilat.*, y por lo mismo, si por medio de ella se estinguen otras obligaciones reales, literales ó consensuales, no las acaba *ipso jure*, sino que como pacto de no pedir producen escepcion de pacto convenido, *l.* 8. *pr. l.* 19. *pr. D. de acceptilat.*

980. Pero el muy sagaz y equitativo Aquilio Galo (*Cic. de nat. deor. lib.* 3. *cap.* 30. *de offic. lib.* 3. *cap.* 14. *pro Cæcin. cap.* 27.), inventó un modo de estinguir por medio de

la aceptilacion aun las obligaciones que no son verbales. Esta aceptilacion se llama *estipulacion Aquiliana*, §. 2. *Inst. e. t.*

981. Esta consiste en que la primera obligacion se convierte en verbal por medio de la estipulacion, v. gr. Ticio interroga á Sempronio: *Todo lo que me debes dar en virtud del mutuo* (compra, quirógrafo, &c.), *¿me lo prometes de nuevo?* Responde Sempronio: *prometo.* Despues esta nueva obligacion verbal se destruye con una nueva estipulacion, cuando pregunta Sempronio: *¿Has recibido lo que te prometí dar?* Ticio responde: *Lo he recibido.* De este modo la aceptilacion se estiende aun á las obligaciones reales, literales y consensuales, §. 2. *Inst. e. t.*

982. El otro modo *propio*, á saber: el *mutuo disenso*, pertenece á los contratos consensuales, porque no *habiendo nada tan natural como el que una cosa se disuelva del mismo modo que se constituye*, es muy justo que las obligaciones nudamente consensuales se disuelvan con el contrario consentimiento, *l.* 35. *D. de reg. jur.*

983. El mutuo disenso es una convencion contraria á la primera obligacion aun no cumplida, v. gr. *compramos, no compramos*, §. *ult. Inst. e. t.*

984. De lo que se sigue, que el contrato consensual solamente puede disolverse antes de llevarse á efecto, §. *ult. Inst. e. t.*; y por lo mismo, si entregada ya la cosa y pagado el precio quieren los contrayentes disolver la primera obligacion, no se estingue, sino que se celebra un nuevo contrato, §. *ult. Inst. e. t.*

LIBRO CUARTO.

TÍTULO PRIMERO.

Obligaciones que nacen de delitos.

985. Digimos que toda obligacion náce inmediatamente ó de la *equidad* ó de la *ley*, ó mediante algun *hecho* nuestro. Tambien digimos que este hecho es *lícito* ó *ilícito*, y llamamos á aquél, *convencion*; á éste, *maleficio* ó *delito*; de los cuales trataremos ahora.

986. *Delito es un hecho ilícito voluntariamente cometido, por el cual uno está obligado no solo á la restitucion, si puede hacerse, sino tambien á la pena.* Concurriendo en todo delito *reato*, ó viciosidad del acto, y *efecto* ó daño inferido á otro, la *pena* corresponde á aquél, y la *reparacion del daño* á éste. *Grocio der. de guer. y paz lib. 2. cap. 17.* §. 32. Como los delitos solamente obligan á sus autores, *l.* 32. *C. de pœn.*, la pena no se impone sino á los que delinquen, *l.* 26. *D. lug. cit.*; mas la reparacion del daño puede pedirse aun de los bienes.

987. El delito pues ó es *verdadero*, ó *cuasi delito.* Aquél nace de dolo malo, éste de culpa (1).

(1) Aunque el daño causado injustamente puede inferirse así por culpa como por dolo, §. 3. *Inst. de leg. Aquil.*, los jurisconsultos atendiendo á éste le llamaron delito, y no cuasi delito.

988. El delito *verdadero* es ó *público* ó *privado.* En aquél, el juicio y el castigo son públicos; en éste, el procedimiento es privado, porque se comete directamente en perjuicio

de los particulares. Tales son el *hurto*, la *rapiña*, *el daño injustamente causado*, *y la injuria*, *pr. Inst. e. t.*

989. El *público*, ó se deriva de alguna ley de los juicios públicos, *l. 1. D. de publ. jud.*, ó se persigue estraordinariamente, aunque no exista ninguna ley sobre el particular. El primero se llama crimen *ordinario*, el segundo *estraordinario* (1).

(1) En este sentido los delitos estraordinarios no son *privados*, sino *públicos*, porque redundan tambien en detrimento del estado; tales son el delito *de encarecer los alimentos*, *de romper los diques del Nilo*, *los colegios y corporaciones ilícitas*. Por esto se persiguen en juicio público, se admite la acusacion firmada por el acusador, *l. ult. D. de dol. priv.*, y se impone la pena capital, como acontece cuando se rompen los diques de Egipto, y se despojan los cadáveres; en el abigeato, y en el crimen de los encubridores y quebrantadores. Estos delitos se llaman *privados* en la *l. 1. §. ult. D. de pœn.*, y no siempre se llaman juicios públicos los que se establecen por concusion, *l. 2. D. de concus.*, prevaricacion, *l. 3. pr. D. de prævar.*, estelionato, *l. 1. D. de stellion.*; mas esto se dice porque el derecho de acusar no se concede á cualquiera, sino solamente al que ha sido perjudicado. Por esto es que segun Papiniano la accion de estelionato no se contiene ni en los juicios públicos ni en los privados, *l. 1. D. de stellion.* No en los públicos, porque no todos pueden acusar; no en los privados, porque la acusacion es pública, *l. 3. §. 2. D. lug. cit.*

990. Concurriendo en los delitos la viciosidad del acto y el efecto, es claro que puede procederse en virtud de ellos á la *aplicacion de la pena* y á la *reparacion del daño*. De aquí es, que hay acciones nacidas del delito, que son *persecutorias de la cosa*, como la condicion furtiva, la accion de las cosas quitadas; otras son *persecutorias de la pena*, como la accion de hurto; y otras *persecutorias de la cosa y de la pena*, como la accion de los bienes robados, la de la ley Aquilia, principalmente contra el que causa el daño, y otras varias, §. 16. *Inst. de act.*

991. Dirigiéndose estas acciones á cosas diversas, se sigue que no se destruyen mutuamente, *l. 34. § 2. D. de obl. et act.*; que las *persecutorias de la cosa* pasan á los herederos y contra los herederos, *l. 7. §. 2 l. 9. D. de cond. furt. l. 6. §. 4. D. rer. amot.*; que las *persecutorias de la pena* competen á los herederos, mas no contra los herederos, á no ser que el difunto haya contestado el pleito, *l. un. C. ex del. def. in quant. hær. conven.*; que las que solamente se dirigen á la *vindicta*, no se dan ni á los herederos ni contra los herederos, §. 1. *Inst. de perpet. et temp. act.*, á no ser que el pleito haya sido contestado, *l. un. C. ex del. defunct.* Que todos los que perpetran un delito, estan obligados in solidum, tanto que si se persigue la cosa, y paga uno, los demas quedan libres, *l. 1. C. de condict. furt.*

992. Tratemos ya de los delitos privados, y empecemos por el hurto.

993. *Hurto* es el *acto de tomar fraudulentamente alguna cosa*, *con la intencion de ganar ó su propiedad*, *ó su uso*, *ó su posesion*, *cuyo acto está prohibido por derecho natural*, *l. 1. §. 3. D. de furt. §. 1. Inst. e. t.*

994. Siendo el hurto el *acto de tomar la cosa*, esto es, de moverla de un lugar á otro, se sigue que el que tiene ánimo de hurtar, pero no coge nada, no puede llamarse ladron, bien que será responsable por el daño ó violencia que haya hecho, *l. 21. §. 7. D. de furt.*; ó será castigado estraordinariamente como directario (1), *l. 7. D. de extraord. crimin. l. 1. §. 2. D. de effract.* Que el solo ánimo de hurtar no constituye á uno ladron, *l. 1. §. 1. D. de furt.*, á no ser que el hurto se cometa por su ayuda ó consejo, §. 11. *Inst. e. t.* Que la accion de hurto solo tiene lugar cuando la cosa ha sido tomada, *l. 21. pr. D. lug. cit.*

(1) *Directario* es el ladron que se oculta dentro de la casa para hurtar. *El traductor.*

995. Cometiéndose el hurto *fraudulentamente*, es claro que no lo perpetran los furiosos, los dementes, los infantes, ni los próximos á la infancia, §. 18. *Inst. e. t.* Que por el contrario, puede ser reo de hurto el próximo á la pubertad, aunque regularmente se castiga con menor severidad, *l. 23. D. de furt.* Que no se comete hurto en el caso de estrema necesidad, *Grocio der. de guer. y paz lib. 2. cap. 11. §. 6. cap. 3. X. de furt.*

996. Como el hurto consiste en tomar una *cosa agena*, es claro que ninguno comete hurto en cosa propia, *l.* 43. §. 1. *D. lug. cit.*, á no ser que otro la posea legítimamente, en cuyo caso tiene lugar el hurto de posesion. Tampoco se comete en las cosas que no son de nadie, ó que no estan poseidas por otro; y esto es tan cierto, cuanto que si se coge alguna cosa de la herencia yacente, no se entiende que hay hurto, *l.* 68. *D. lug. cit.*; pero como la herencia aun no adida representa la persona del difunto, tiene lugar el crimen estraordinario *expilatæ hæreditatis*, *l.* 4. *D. expil. hær.*

997. Como los bienes del marido y de la muger en cierto modo les son comunes durante el matrimonio, á lo menos en cuanto al uso, se infiere tambien que si la muger sustrae antes del divorcio (1) alguna cosa del marido, ó éste de aquélla, no tiene lugar la accion de hurto, sino la de *cosas quitadas*, para restituirlas á causa del divorcio con todos sus frutos y aumentos. *Tit. D. de act. rer. amot.*

(1) De aquí es que si la concubina sustrae alguna cosa, *l.* 17. *pr. D. de act. rer. amot.*, ó la muger la coge de los bienes del marido despues del divorcio, comete hurto, *l.* 3. *pr. D. lug. cit.*

998. Mucho menos es reo de hurto el hijo de familia que coge alguna cosa de los bienes del padre, pues vivo éste, en cierto modo se considera dueño de ellos, §. 12. *Inst. e. t.* Agrégase á esto, que considerándose el padre y el hijo como una persona, no nace entre ellos ninguna accion, *l.* 16. *D. de furt.* Esta razon es aplicable á los siervos, §. 12. *Inst. e. t. l.* 17. *pr. D. de furt.*

999. Como el hurto se comete con el fin de *lucrar*, se infiere que no es reo de este delito el que se lleva una esclava agena, no con la intencion de hacer ganancia, sino inducido de liviandad, *l.* 39. *pr. D. de furt.* Que el que coge una cosa, solo por inferir daño ó injuria, puede ser perseguido en el primer caso con la ley Aquilia, *l.* 5. §. *ult. l.* 41. D. *ad l. Aquil.*, y en el segundo con la accion de injuria, *l.* 53. *pr. D. de furt.*

1000. El hurto, segun se ha dicho en la definicion, es ó de *cosa*, ó de *uso*, ó de *posesion*, §. 6. *Inst. e. t.*

1001. Comete hurto de *cosa* el que coge las cosas muebles animadas ó inanimadas, grandes ó pequeñas, §. 1. *Inst. de vi bon. rapt.*; los hijos de familia, §. 9. *Inst. e. t. l.* 14. §. 13. *l.* 38. §. 1. *D. de furt.*, y mucho mas los siervos y esclavas, con tal que no se las lleve con intencion de lucrar, sino por liviandad. Este delito no tiene lugar en los hombres libres de su derecho, ni en los fugitivos, ni en aquellos en quienes se comete el crimen de *plagio*, *ll.* 1. 2. 6. §. 2. *D. ad leg. Fab. de plag.*

1002. Comete hurto de *uso* el que ó usa de la cosa que no se le ha dado en uso, ó que si se le ha concedido, usa de ella de un modo diferente del que quiere su dueño, *l.* 40. *l.* 54. *pr. l.* 76. *pr. D. de furt.* §. 6. *Inst. e. t.* En *Valerio Max. lib.* 8. *cap.* 2. *Gell. lib.* 7. *cap.* 15., se encuentran egemplos de la mas rígida disciplina de los romanos.

1003. Se comete hurto de *posesion* (1) por el mismo deudor que habiendo dado en prenda una cosa suya, la quita ocultamente al acreedor, §. 10. *Inst. e. t. l.* 19. §. 2. *l.* 12. §. *penult. l.* 79. *D. de furt.*

(1) Aunque por el contrato de prenda no se transfiere la posesion civil, se transfiere sin embargo la natural tomada en un sentido estricto, por la cual el acreedor no posee la cosa como señor, sino en virtud del derecho en la cosa que se le confiere, *l.* 37. *D. de adquir. rer. dom.*

1004. Los romanos dividieron el hurto en *manifiesto*, *no manifiesto*, *encontrado*, *ofrecido*, *prohibido*, *no manifestado*, §. 4. *Inst. e. t.*

1005. *Manifiesto* es, cuando el ladron es sorprendido al tiempo de hacer el hurto, ó es visto ó cogido con la cosa antes de llevarla al lugar donde la destina, §. 3. *e. t. Inst. l.* 3. *pr.* §. 1. *sig. l.* 4. *l.* 5. *l.* 7. §. 1. *D. de furt.*

1006. *No manifiesto* es, cuando el ladron no es cogido en el mismo hurto ó en el camino, §. 3. *Inst. e. t. l.* 8. *D. de furt.*

1007. *Encontrado*, cuando la cosa se buscaba con cier-

tas solemnidades, y se encontraba en poder de alguno que aunque no era el ladron, sabia que la cosa era hurtada, *l.* 8. *C. ex quib. caus. infam.* §. 4. *Inst. e. t. Véanse nuestr. antig. rom. e. t.* §. 13. *y sig.*

1008. *Ofrecido*, cuando la cosa hurtada ofrecida á uno que ignora que es furtiva, *l.* 14. §. 4. *D. de furt.*, se encuentra en él; pero es menester que se ofrezca con la intencion de que parezca mas bien en poder del que la recibe, que del que la dá, §. 4. *Inst. e. t.*

1009. *Prohibido*, cuando queriendo alguno buscar el hurto delante de testigos, se le prohibe hacerlo, §. 4. *Inst. e. t.*

1010. *No manifestado*, cuando alguno no muestra la cosa furtiva buscada y encontrada en su poder, §. 4. *Inst. e. t.*

1011. Del hurto *manifiesto* nacia accion penal persecutoria para exigir el cuadruplo, del *no manifiesto* para el duplo, §. 5. *Inst. e. t.* Del *encontrado* se dió al principio accion en el triplo, y despues en el duplo, *Gel. Noct. Att. lib.* 11. *cap.* 18. Del *ofrecido* en el triplo sin computar el valor de la cosa, *Gel. lug. cit. Paul. sent. rec. lib.* 2. *tit.* 31. §. 45., y del *prohibido* y del *no manifestado* en el duplo.

1012. Pero la privada y solemne inquisicion de las cosas furtivas dejó de hacerse despues de la ley Ebucia (1), *Gel. Noct. Att. lib.* 16. *cap.* 10, y aun se estinguieron las mismas acciones de hurto encontrado, ofrecido, prohibido y no manifestado; pero todos los que á sabiendas recibian una cosa hurtada y la ocultaban, eran reos de hurto no manifiesto, §. 4. *Inst. e. t.*

(1) Pero no se abolió la inquisicion que se hace por autoridad del juez en las casas de los particulares, con tal que se haga de barrio en barrio, ó concurran algunos indicios, *l.* 8. *C. ex quib. caus. infam. l.* 1. §. 2. *y* 3. *l.* 3. *D. de fugit. l.* 2. *C. de serv. fug.*

1013. El hurto se hace ó de *noche* ó de *dia*, *l.* 54. §. 2. *D. de furt.* Es lícito matar al ladron *nocturno* si no puede salvarse la vida de otra manera, y el matador lo testifique así dando voces; mas no al *diurno*, á no ser que al tiempo de cogerle se defienda con armas, *l.* 54. §. 2. *D. lug. cit. l.* 4. §. 1. *D. ad leg. Aquil. l.* 9. *D. ad leg. Corn. de sicar. Exod. cap.* 22. *v.* 2. *y* 3. *X. de homicid.*

1014. Se puede proceder contra el hurto ó *civil* ó *criminalmente*. En el primer caso perseguimos ó la *pena* ó la *cosa*.

1015. La *condicion furtiva* se dá al señor (1), *l.* 1. *D. de cond. furt.*, al poseedor de buena fé, al tutor en nombre del pupilo, *l.* 136. *D. de reg. jur. l.* 56. §. *penult. D. de furt.*, ó á su heredero para perseguir la cosa contra el ladron, sea que posea, ó que deje de poseer por dolo, y contra sus herederos para que la restituya con todos sus frutos y aumentos, ó pague su estimacion, *Tit. D. de condict. furt.*

(1) Lo que parece que repugna á los principios de derecho, porque el dueño no pide su cosa con accion personal, sino que la vindica, *l. ult. D. usufr. quemad. cav.* §. 14. *Inst. de act.*; pero esto se ha introducido en odio de los ladrones. Si el señor omite esta accion personal, puede usar de la *vindicacion de la cosa*, §. *ult. Inst. e. t.*

1016. Con la *accion de hurto* se exige la imposicion de la pena, la cual no solamente se dá al señor á quien se niega algunas veces, sino tambien á aquel á quien interesa, §. 13. *Inst. e. t.*, como al acreedor en razon de la prenda, §. 14. *Inst. lug. cit.*, al poseedor de buena fé, §. 15. *Inst. lug. cit.*, y á todo aquel para quien peligra la cosa, y tiene que pagarla. Se establece contra el ladron, §. 17. *Inst. lug. cit.*, y contra el que recibe, oculta, ó por cuya ayuda y consejo se comete el hurto, §. 11. *Inst. lug. cit.*, para que pague el duplo si el hurto *no es manifiesto*, y el cuadruplo si es *manifiesto*, §. 5. *Inst. e. t.*

1017. No destruyéndose mutuamente las acciones persecutorias de la pena y de la cosa, se sigue que aunque el ladron pague el duplo ó el cuadruplo, tienen lugar sin embargo la condicion furtiva ó la vindicacion, *l.* 54. §. 3. *D. de furt.*

1018. Tambien se procede contra el hurto estraordinaria, y *criminalmente*, ó para aplicar la multa á favor

del fisco, ó para imponer pena corporis aflictiva ó capital, *l. ult. D. de furt. l. 6. pr. D. ad leg. Jul. pecul.* Pero Justiniano prohibió que el ladron fuese castigado con pena capital ó con mutilacion de miembros, y que la pena se redujese á sufrir destierro, ó á pagar una multa, *Nov. 134. cap. ult. Autent. sed novo C. de serv. fugit.*

TÍTULO II.

Bienes robados.

1019. El otro delito privado es la *rapiña*, la cual consiste *en tomar violenta y dolosamente una cosa agena con intencion de ganarla.*

1020. El *hurto* y la *rapiña* convienen en que ambos delitos se cometen quitando dolosamente una cosa mueble agena con intencion de ganarla; pero se diferencian en que por el hurto se quita dicha cosa *fraudulentamente*, mas por la rapiña *violentamente*, *l. 2. §. 1. D. e. t.*

1021. Infiérese pues de la definicion que no se puede intentar la accion de bienes robados cuando se invade una cosa inmueble; pero sí se puede reclamar con el interdicto *unde vi*, ó con la ley Julia *de fuerza pública y privada*, *l. 2. §. 1. D. e. t.*

1022. Infiérese tambien de la misma ley que si alguno roba una cosa agena mueble ó inmueble, creyendo que era suya, no comete rapiña, *l. 2. §. 18. D. e. t.* Mas para impedir que los raptores queden impunes, prevaliéndose de esta escusa, se mandó por las constituciones que el que robase una cosa que cree ser suya, y efectivamente lo es, pierda el dominio de ella; pero si fuere agena, debe restituirla, y ademas pagar su estimacion, *l. 13. D. quod met. caus. l. 7. C. unde vi §. 1. Inst. e. t.*, no al fisco, sino á la parte ofendida, *Huber. Præl. Inst. e. t. §. 11.*

1023. Debe pues inferirse que aquí solo se considera el dolo, y no el precio de la cosa robada, *pr. Inst. e. t.*

l. 2. §. 18. D. lug. cit. El impuber no comete este delito, *l. 2. §. 19. D. lug. cit.*, ni tampoco el que es incapaz de dolo, como el furioso, demente, &c.

1024. La *accion de hurto* se puede establecer contra el raptor, porque es ladron de peor condicion, *pr. Inst. l. 2. §. 10. D. e. t.*

1025. El pretor tambien concede la accion mista *vi bonorum raptorum* (de los bienes robados). Se dice mista, porque abraza la persecucion de la cosa y de la pena, y por medio de ella puede el dueño ó aquel á quien interesa, *§. 2. Inst. l. 2. §. 22. sig. D. e. t.*, proceder dentro de un año contra el raptor (no contra su heredero) á que pague el cuadruplo, ó el simplo pasado el año, *pr. Inst. e. t.*, á no ser que un cristiano robe á un judío, pues entonces la pena es del simplo, *l. 6. C. de pagan.*, ó si alguno roba á los navieros, en cuyo caso se le castiga con el cuadruplo, *l. 5. C. de navicul.*

1026. Este cuadruplo, á diferencia del que se paga en virtud de la accion de hurto, contiene la pena y el precio de la cosa, *pr. Inst. e. t.* De lo que se infiere que en este delito no se dá accion persecutoria de la cosa: que si alguno establece la accion de hurto en el delito de rapiña, le compete ó condicion furtiva para reclamar la cosa ó su precio aun de los herederos, ó puede vindicarla, *l. 2. §. ult. y penult. D. e. t.*

1027. La persecucion criminal de este delito no solamente se dá contra los salteadores que roban armados, sino contra los ladrones que matan y despojan, *l. 28. §. 10. y 15. D. de pœn.*

TÍTULO III.

Ley Aquilia.

1028. El tercer delito es el *daño causado injustamente*, el cual se vindica por la *ley Aquilia.* Dicese *daño causado*

injustamente cualquiera diminucion de nuestro patrimonio cometida sin ningun derecho, y *por un hombre libre*; porque si el siervo (y antiguamente el hijo de familia) dañasen á otro por cualquier delito privado, los jurisconsultos le llaman *noxa*, y si un cuadrúpedo infiriese perjuicio, le dan el nombre de *pauperie*.

1029. Debiendo el daño causarse *injustamente*, y llamándose *injusto* lo qué se hace sin derecho, §. 2. *Inst. e. t.*, se sigue que la ley Aquilia no solamente obliga al que infiere daño por dolo, sino tambien por culpa, §. 2. 3. 14. *Inst. e. t.*, aunque sea levísima (1), *l.* 44. *pr. D. e. t.*, como si alguno por ignorancia del arte que profesa, ó no tomando en consideracion su insuficiencia, emprende alguna cosa con la que perjudique á otro, §. 4. 5. 6. 7. 8. *Inst. ll.* 5. 6. 7. 8. 30. 31. 44. *pr. D. e. t.*

(1) De lo que infieren algunos con fundamento que la ley Aquilia no solamente se estiende á los verdaderos delitos, sino tambien á los daños causados por los cuasi delitos, no obstante que se diga que por ella se procede contra los verdaderos delitos. Si es cierto, como creen algunos autores, que la accion de *effusis et dejectis* (cosas derramadas y arrojadas) se concede en virtud de la ley Aquilia, mucho menos podrá dudarse de esta observacion.

1030. Por el contrario, no está obligado por esta ley el que usando de su derecho dañe á otro, como el que en defensa propia (*cum moderamine inculpatæ tutelæ*, así se llama en la *l.* 1. *C. unde vi*), mata al agresor ó al ladron, §. 2. *Inst. l.* 4. *l.* 29. §. 7. *l.* 45. §. 4. *D. e. t.* Dícese que usa de esta moderacion el que por su conservacion mata incontinenti al agresor injusto que le ataca con peligro de la vida, del cuerpo ó de los bienes, *l.* 4. *l.* 5. *pr. l.* 45. §. 4. *D. e. t. l.* 3. *D. de just. et jur.*

1031. Tampoco es reo el que causa daño por caso fortuito, §. 3. *Inst. e. t.*, pues éste no se presta ni en los contratos, ni en los delitos.

1032. Reclamándose con la ley Aquilia toda diminucion de patrimonio, se sigue que si un hombre libre fuere

herido, no se dá directamente accion en virtud de esta ley, *l.* 13. *D. e. t.* Que por el contrario compete si un cuerpo fuere dañado con otro cuerpo, y el patrimonio se hubiere disminuido, á cuyo caso pertenecian propiamente las palabras de la ley Aquilia, §. *ult. Inst. e. t.*

1033. Tres fueron los capítulos principales de la ley Aquilia. Por el 1.° se mandó que si *alguno mata injustamente á un siervo ó sierva agenos, ó ganado cuadrúpedo, debe pagar al dueño lo que la cosa dañada valia un año antes*, *l.* 2. *pr. D. e. t.*

1034. Por el primer capítulo pues se vindicaba no cualquier daño, sino el causado matando, *l.* 7. §. 1. 2. *D. e. t.*, *siervos y ganados cuadrúpedos* (1), esto es, las bestias que pastan juntas, cuales son tambien los cochinos, *l.* 2. §. 2. *D. e. t.* §. 1. *Inst. e. t.*

(1) Cuando los jurisconsultos hablaban en el sentido jurídico, hacian distincion entre *cuadrúpedos*, *ganados* y *bestias*. *Cuadrúpedos* son los que se *doman por el lomo y pescuezo*, esto es, los que llevan y traen cargas, *Ulpian. Fragm. tit.* 19. §. 1. *Ganados* son los que *pastan juntos*. Los demas animales se llamaron bestias, *Bynkershoek de reb. manc. cap.* 6. *p.* 119. *sig.* Reuniéndose pues en nuestra ley las palabras *ganados cuadrúpedos*, se ve que no es tan absurda la duda de los antiguos si los *puercos son ganados cuadrúpedos*, §. 1. *Inst. e. t. l.* 65. §. 4. *D. de legat.* 3. Así la mayor parte acaso negaba que fuesen cuadrúpedos, porque no se enseñaban á trabajar por el pescuezo y lomo; pero concedian que eran ganados porque pastaban juntos.

1035. Por este *primer* capítulo se dá accion penal al dueño, ó al que tiene derecho en la cosa, *l.* 11. §. 9. 10. *D. e. t.*, y que ha padecido el daño contra el que mata, mas no sus herederos, §. *Inst. e. t.*, ó contra muchos in solidum, *l.* 11. §. 2. *D. e. t.*, para pagar el precio que tuvo la cosa un año antes, computándose tambien las utilidades que durante este tiempo pudo el siervo proporcionar á su amo, *l.* 23. §. 6. *D. e. t.* Se encuentran egemplos en la *l.* 22. §. 1. *l.* 23. *pr.* §. 1. 2. *D.* §. 10. *Inst. e. t.*

1036. El *segundo* capítulo cayó en desuso, y hoy se desconoce, §. 12. *Inst. l.* 27. §. 4. *D. e. t.*, aunque es muy

verosimil que Aquilio tratase en este capítulo ó del siervo corrompido, ó de las cosas derramadas y arrojadas, ó que esta ley contuviese mayor número de capítulos. Véase á *Bynkershoek Obs. lib. 1. cap 13.*, y lo que discutimos *en nuestr. antigü d. rom. e. t. §. 9. sig nuev. edic.*

1037. El *tercer* capítulo mandaba que el que *matase algunos animales que no fuesen hombres ni ganados, ó perjudicase á otro quemando, rompiendo ó deteriorando, debiese pagar al dueño cuanto valiera la cosa en los treinta dias anteriores*, *l. 27. §. 5. D. e. t.*

1038. Es claro pues que segun este capítulo se exigia la reparacion del daño causado en cualquiera cosa que no fuese siervo ó ganado cuadrúpedo, y no solamente matando, sino tambien deteriorando de cualquier modo, *§. 13. Inst. e. t. l. 27. §. 13. D. e. t.*

1039. Por tanto, este capítulo concede accion al dueño ó á quien interesa la conservacion de la cosa por tener derecho á ella, *l. 11. §. 10. D. e. t.*, contra el que mata cualesquiera animales que no son siervos ni ganados cuadrúpedos, ó contra el que causa otro cualquier daño, para que pague cuanto valia la cosa treinta dias antes, *l. 27. §. 4. D. e. t.* Esta accion no produce infamia, *l. 1. D. de his qui not. infam.*

1040. Se deben añadir tres corolarios: 1.° si un hombre libre fuere herido no se le concede por este capítulo accion directa, sino útil, y calculada solamente para que se le paguen los gastos y el importe de la cesacion de su trabajo; pero nada por los dolores que sufre, cicatrices ni deformidad, *l. 13. D. e. t. l. 3. D. si quadrup. pauper. fec. dic. l. ult. D. de effus. et deject.*

1041. 2.° Que esta accion produce el efecto de que si el reo niega el delito, sea condenado en el duplo, *§. 26. Inst. de act. l. 2. §. 1. D. ad leg. Aquil.*

1042. 3.° Si el hombre daña á otro con sus manos ú otra parte de su cuerpo, la ley Aquilia concede entonces accion *directa*; si le causa el daño de otro modo, tiene lugar la accion *útil*; y si ni el daño es corporal, ni tampoco

se comete con alguna parte de su cuerpo, se admite la accion *in factum*, *§. ult. Inst. e. t. l. 11. D. de præscript. verb.*

TÍTULO IV.

Injurias.

1043. El cuarto delito privado es la *injuria*, por cuya palabra no se entiende aquí todo lo que se hace sin derecho, como en la ley Aquilia, sino *cualquier dicho ó hecho que se dirige dolosamente á ofender á otro*, *pr. Inst. e. t.*

1044. Haciéndose esta contúmelia ó por dichos ó hechos, se sigue que la injuria es ó *verbal* ó *real*, *§. 1. Inst. l. 1. §. 1. D. e. t.* Al primer modo pertenecen tambien la *injuria escrita* y el *libelo infamatorio ya anónimo ya firmado*, *l. 5. §. 9. D. e. t. l. un. C. de famos. libell.* Al segundo se refieren las *pinturas contumeliosas.*

1045. Pudiendo la contumelia ser mayor ó menor, se divide en *simple* y *atroz*, *§. 9. Inst. l. 7. §. 7. 8. l. 8. y 9. D. e. t.* Ésta se gradúa ó por la atrocidad del hecho, ó por el lugar donde se comete, ó por la persona á quien se hace, *§. 9. Inst. l. 7. §. ult. D. e. t.*

1046. Debiendo la injuria hacerse dolosamente, se sigue que no se comete sin ánimo de injuriar, *l. 5. C. l. 15. §. 13. l. 32. l. 33. D. e. t.* Que los furiosos, impúberes y otros incapaces de dolo, no hacen injuria, *l. 3. §. 1. D. e. t.* Que el que hace alguna cosa por chanza, *l. 3. §. 3. D. lug. cit.*, ó por herir á su esclavo hiere un hombre libre, *l. 3. §. 4. l. 4. D. e. t.*, ó dice ó hace alguna cosa con intencion de corregir ó enmendar, *l. 5. §. 3. ad leg. Aquil. l. 15. §. 39. D. e. t.*, se presume que no injuria; pero esta presuncion cede á la verdad y prueba del actor. El egemplo de los magistrados se encuentra en la *l. 32. D. e. t.*

1047. Como una persona puede ser ofendida no solo directamente, sino tambien por alguno de su familia, v. gr. hijo, siervo, esposa, ó muger, *l. 18. §. 4. 5. l. 15. §. 35.*

y sig. l. 41. *D. e. t.*, es claro que el padre puede proceder por la injuria hecha al hijo, el marido á la muger, el espóso á la esposa, el dueño al siervo, §. 2. *Inst. l.* 1. §. 3. *y* §. *ult. D. e. t.*; pero no la muger por el marido, á no ser que la injuria recáiga tambien sobre ella, §. 2. *Inst. l.* 2. *l.* 11. §. 8. *D. e. t.*

1048. La injuria puede perseguirse *civilmente*, *criminalmente, por edicto del pretor, y por la ley Cornelia.* Se concede tambien el remedio estraordinario de la *retorsion*.

1049. La accion *pretoria*, que tambien se llama *estimatoria*, se dá al que ha sufrido la injuria en sí ó en otros de su familia, contra el que la causó ó por sí ó por otros, *l.* 11. *pr.* §. 3. *D.* §. 11. *Inst. e. t.*, para que pague la cantidad en que el actor estimare la injuria, §. 7. *Inst. e. t.* Esta accion no pasa á los herederos ni contra los herederos.

1050. La estimacion *criminal* se dá á los mismos y contra los mismos de quienes hemos hablado en el párrafo anterior, §. 10. *Inst. l. ult. D. e. t.* La pena es capital cuando se hace ó publica un libelo infamatorio, *l. un. C. de fam. libell.*, y cuando la injuria se hace al culto divino y á los lugares sagrados, ó á los sacerdotes que lo tributan, *l.* 13. *C. de episc. et cler.*

1051. La primera accion es pretoria, y como está calculada para reclamar agravios, se estingue pasado un año, *l.* 5. *C. de injur.* Ambas son penales, y así no pueden establecerse juntas, *l.* 6. *l.* 7. §. 1. *D. e. t. l. un. C. quando civ. act. crim. præi.* Se diferencian en que en la primera tanto el actor como el reo pueden nombrar procurador, *l.* 11. §. 2. *D. e. t.*; lo que no se permite cuando se procede criminalmente, á menos que sean personas ilustres, §. 10. *Inst. e. t. Nov.* 71. *cap.* 1.

1052. La *accion civil de la ley Cornelia* no se concede á todos los que sufren cualquiera injuria, sino á los que se *les toca ligeramente* (1), *se les azota, ó se entra á la fuerza en sus casas*, *l.* 5. *pr. D.* §. 8. *Inst. e. t.*, mas no á su heredero, contra el ofensor, ó el que le manda cometer la ofensa, pero no contra sus herederos, para que pague aquello en que el actor estimare la injuria, *l.* 37. §. 1. *D. e. t. l.* 42. §. 1. *D. de procur.*

(1) En este caso la injuria no consiste en la ofensa corporal, sino en la ignominia, *l.* 5. §. 1. *D. e. t.*

1053. La ley Cornelia concede tambien accion *criminal* á las personas y contra las personas enumeradas en el párrafo anterior, para que se imponga al reo la pena pública, *l.* 5. *l.* 37. §. 2. *D.* §. 8. *Inst. e. t.*

1054. Tambien pertenece á estas acciones lo que digimos en el §. 1051; pero se diferencian en que la pretoria espira pasado el año, *l.* 5. *C. de injur.*, la civil Cornelia despues de treinta, y la criminal despues de veinte, *l.* 42. §. 1. *D. de procurat. l.* 3. *C. de præscr.* 30. *vel* 40. *annor. l.* 12. *C. ad leg. Corn. de fals.*

1055. Por las costumbres del siglo es lícito usar de *la retorsion* fuera de juicio, por la cual retorciendo incontinenti la injuria verbal contra el que la vierte, se repele la contumelia, *l.* 14. §. 6. *D. de bon. libert. l.* 25. *D. de procurat.* Pero como la retorsion consiste en una venganza privada, es claro que estingue toda accion.

1056. Todas estas acciones se acaban: 1.° por la retorsion: 2.° por la prescripcion: 3.° por la remision ó espresa, *l.* 17. §. 1. *D. de pact. l.* 11. §. 1. *l.* 17. §. 1. *D. e. t.*, ó tácita, la cual se supone cuando uno se desentiende de la injuria y se familiariza con el reo, §. *ult. Inst. l.* 11. §. 1. *D. e. t.*: 4.° por la muerte así del ofensor como del ofendido, *l.* 13. *pr. D. e. t.* §. 1. *Inst. de perpet. et temp. act.*, á no ser que el difunto haya contestado el pleito, *l.* 13. *pr. D. e. t.*

TÍTULO V.

Obligaciones que nacen de cuasi delito.

1057. Los *cuasi delitos* son *unos hechos ilícitos cometidos por culpa sin haber dolo*, §. *ult. Inst. e. t.* Pero es menester

que la culpa sea propia, §. *ult. Inst. e. t. l. ult.* §. 4. *D. naut. caup. stab.*, y no agena como opinó *Struvio* fundándose en el §. 1. *Inst. e. t.*

1058. El primer cuasi delito es el *del juez que hace suyo el pleito.* Dícese que el juez *hace suyo el pleito*, cuando juzga mal: si lo hace por dolo, comete delito *verdadero*, y si por ignorancia ó imprudencia, *cuasi delito.* En el primer caso es condenado en la estimacion del pleito con pérdida del empleo y del honor, *l.* 15. §. 1. *D. de jud. l. ult. C. de pœn. jud. qui mal. jud.*, en el segundo, en una pena arbitraria, *pr. Inst. e. t.*, y puede ser demandado con la accion *in factum* (1), *l.* 6. *D. de extraord. cognit. l.* 5. §. 4. *D. de oblig. et act.*

(1) Los doctores la dan el nombre de accion *ex syndicatu.* Podrá decirse que esta pena es injusta, porque el actor no debe proceder contra el juez toda la vez que si se consideró perjudicado con la sentencia, pudo haber interpuesto el recurso de apelacion. A esto responde muy bien *Casp. Zieglerus in Dicastice concl.* 45. §. 5., que la omision de la apelacion dá derecho á la parte contraria para que no se revoque la sentencia, á no ser que sea enteramente nula; pero no puede servir de escusa al juez que por ignorancia pronunció una sentencia injusta.

1059. El segundo cuasi delito consiste en que los dueños ó inquilinos de las casas sean responsables por el daño que se causa á los que pasan *arrojando ó derramando* alguna cosa de ellas, §. 1. *pr. Inst. e. t.*, pues parece que no estan exentos de culpa en admitir en su familia á hombres negligentes y audaces, *l. penult.* §. 2. *D. de his qui effud. vel dejec.*

1060. A los dañados ó á sus herederos, *l.* 5. §. 5. *D. e. t.*, se dá accion *in factum*, *l.* 5. §. 5. *D. de his qui effud. vel dejec.*, contra el dueño ó inquilino de las casas, y si son muchos, contra cada uno in solidum (1), *l.* 1. §. *ult. l.* 2. *l.* 3. *l.* 4. *l.* 5. *pr. D. lug. cit.*, mas no contra los herederos, *l.* 5. §. 5. *D. lug. cit.*, ni contra el huesped, *l.* 1. §. 9. *l.* 5. §. 1. *D. lug. cit.*, para que se les condene en el duplo, si el daño es estimable, §. 1. *Inst. e. t. l.* 1. *pr. D. lug.*

cit., en cincuenta aureos que se han de aplicar al actor, si se mata á un hombre libre, *l.* 1. §. 5. *D. e. t.*, y si se daña á éste, se le deben pagar los gastos hechos en la cura, el trabajo que ha perdido, y los daños emergentes, *l.* 5. §. 5. *l. ult. D. lug. cit.*

(1) Uno solo que pague liberta á los demas, *dicha l.* 3. *y sig.* Lo contrario sucede en las acciones penales que nacen de delito, *l.* 11. §. 2. *D. ad leg. Aquil.*

1061. Cuando la accion *in factum* se establece por cincuenta aureos, es anual, y no compete ni al heredero ni contra el heredero, *l.* 5. §. 5. *D. lug. cit.* §. 1. *Inst. e. t.*, de otra suerte es perpetua, y se dá á los herederos, *l.* 5. §. 5. *D. e. t.*

1062. Tercero: tambien cuasi delinque el que *suspende* ó *pone* en un lugar por donde pasa ó se reune mucha gente alguna cosa que puede dañar facilmente, *l.* 5. §. 6. *D. lug. cit.*

1063. Este cuasi delito produce accion *popular in factum*, la cual se dá á cualquiera del pueblo contra el que puso ó suspendió, mas no contra el habitante, para que ó pague al actor diez aureos, *l.* 5. §. 6. §. 12. §. *ult. D. lug. cit.*, ó se entregue en calidad de noxa el siervo que puso ó suspendió alguna cosa, ignorándolo el amo, *l.* 2. *pr. D. de nox. act.*

1064. Si el hijo de familia que vive separado del padre comete alguno de estos cuasi delitos, el padre no puede ser perseguido por ellos, §. 2. *Inst. e. t. l.* 58. *D. de reg. jur.*; pero si el hijo es condenado, se dá al vencedor la accion de cosa juzgada contra el padre para que pague del peculio (1), *l.* 57. *D. de judic. l.* 3. §. 11. *D. de pecul.*

(1) Esta disposicion se funda en que obligando los delitos á sus autores solamente, el padre no es responsable por los del hijo, §. *ult. Inst. de noxal. act.*, ni tampoco por sus cuasi delitos. Mas como se hace novacion por la contestacion del pleito, obligándose el hijo por lo mismo á estar á lo juzgado en virtud de un cuasi contrato, y como el

padre es responsable por el hijo hasta donde alcanza el peculio, *l.* 1. *l.* 3. §. 11. *D. de pecul.*, es consiguiente que la accion de cosa juzgada se dé contra el padre hasta donde alcanza el peculio.

1065. Tambien compete accion por cuasi delito contra los *capitanes de buques*, *taberneros y mesoneros* por el daño causado en las cosas de los pasageros ó huéspedes. Pero se debe advertir, que si el daño es causado por personas estrañas que no estan empleadas en las naves ó tabernas, como son los pasageros ó huéspedes, *l.* 1. *pr.* §. *ult. l.* 3. §. 1. *l.* 5. §. 1. *D. lug. cit.*, entonces estan obligados por *cuasi contrato*, *l.* 3. §. 1. *D. naut. caup. stabul.*; y por *cuasi delito*, si el daño es cometido por los sirvientes (1), §. *ult. Inst. e. t.* Lo primero consiste en que los taberneros, &c., con el hecho de recibir las cosas agenas, se presume (2) que se comprometen á cuidarlas; y lo segundo, en que es culpa suya servirse de hombres malos, *l.* 5. §. *ult. D. de oblig. et act.* §. *ult. Inst. e. t. l. ult. pr. y* §. 4. *D. naut. caup. stabul.*

(1) No los siervos, porque el amo no está obligado por sus delitos si los entrega como noxas, *l. un.* §. 5. *D. furt. advers. naut. caup. stabul.* Tampoco se obligan por el hurto que cometen los hijos ó la muger, pues este mal es como necesario, *l. fin.* §. 4. *D. naut. caup. stab. l. un.* §. *ult. D. furt. adv. naut.*

(2) Esta presuncion cede á la verdad, y cesa toda accion cuando el capitan del buque, el tabernero ó el mesonero advierten que cada uno cuide de sus cosas, y los pasageros consienten, *l. ult. pr. D. lug. cit.*

1066. El pretor dá en virtud del cuasi contrato *accion in factum* persecutoria de la cosa á los huéspedes y pasageros y á sus herederos, contra los capitanes, taberneros y mesoneros para que restituyan las cosas que han recibido, ó paguen los daños causados aun por un estraño, *l.* 1. *pr.* §. 2. 6. 7. *y ult. l.* 3. §. 1. *y* 4. *l.* 5. §. 1. *D. lug. cit.*

1067. El pretor concede tambien á los mismos accion penal *in factum* contra los capitanes, taberneros y mesoneros, mas no contra sus herederos, *l. ult.* §. *ult. D. naut. caupon. stabul.*, para que paguen el duplo, §. *ult. Inst. e. t.*

Esta accion aunque pretoria penal es perpetua, *l.* 7. §. *ult. D. naut. caup. stabul.*

1068. Hay otros cuasi delitos de los cuales no se habla en las *Instituciones*, y son la *misericordia* intempestiva por la cual se daña á otro, *l.* 7. *pr. D. depos.*, y la *connivencia*, por la cual permite uno que se cometa un delito que podia y debia prohibir, *l.* 45. *pr. D. ad leg. Aquil.* En virtud de ellos parece que tambien se concede accion *in factum*.

TÍTULO VI.

Acciones.

1069. Ya hemos dicho en el §. 72. que todo derecho pertenece ó á las *personas*, ó á las *cosas*, ó á las *acciones*. Esplicados los derechos de las *personas* y las *cosas*, pasamos á tratar de las *acciones*.

1070. La *accion* en cuanto es *derecho*, pertenece al segundo objeto del derecho, y especialmente á las *cosas incorporales*, *l.* 49. *D. de verb. sign.*; mas en cuanto es el *medio de reclamar un derecho*, se refiere al tercer objeto del derecho. En el primer sentido se puede definir: *derecho de perseguir en juicio lo que se nos debe*, *pr. Inst. e. t.*; y en el segundo, *medio legítimo de perseguir en juicio los derechos que competen así en la cosa como á la cosa.*

1071. Reclamando con las acciones así los derechos *en la cosa* como *á la cosa*, se sigue que hay unas acciones que son *reales*, las cuales tambien se llaman *vindicaciones*; y otras *personales* que tambien se llaman *condiciones* (1), §. 1. *Inst. e. t.* Tanto las acciones *reales* como las *personales* se subdividen en *civiles* y *pretorias*, §. 3. §. 8. *Inst. e. t.*

(1) No por eso negamos que hay acciones *mistas*, pues en otro lugar probaremos que lo son los tres juicios divisorios y la peticion de la herencia (*Pand. Part.* 2. §. 63.). Tambien lo son las acciones que se acercan mas ó á las reales ó á las personales.

1072. Derivándose las acciones *reales* del derecho en

la cosa, y naciendo éste del *dominio* pleno ó menos plenó, de la *herencia*, de la *servidumbre*, ó finalmente de la *prenda*, se sigue que hay otras tantas especies de acciones reales, parte civiles, y parte pretorias.

1073. El derecho *en la cosa* es la facultad que compete á uno contra la cosa sin respeto á la persona (§. 309.). De aquí es que la accion real se dá contra cualquier poseedor, *l.* 25. *pr. D. de oblig. et act.*, teniéndose tambien por tal aquel que deja de poseer dolosamente, *l.* 36. *l.* 131. *l.* 157. §. 1. *D. de reg. jur. l.* 27. *D. de rei vindicat.* Síguese tambien que el poseedor nunca puede obrar contra la cosa, escepto en *un solo caso* (1), §. 2. *Inst. e. t.*, y que el dueño no puede reclamarla con accion personal, á no ser que haya sido hurtada (§. 10.) §. 14. *Inst. e. t.*

(1) Mas ¿cuál es este caso? Los que numeran la posesion entre los derechos en la cosa suponen que es cuando se molesta al poseedor. Otros se refieren á la especie contenida en la *l.* 9. *D. de rei vind.*, y otros opinan de diverso modo. Pero es claro que Justiniano habla de la accion negatoria, en la que el poseedor del fundo obra como actor, *l.* 4. §. *ult. l.* 6. §. 1. *D. si serv. vindic.* Así lo entiende tambien Teofilo en el §. 2. *Inst. e. t.*

1074. El derecho civil concede al dueño en virtud del *dominio* la *vindicacion de la cosa* contra cualquier poseedor, ó aquel que la deja de poseer dolosamente, *l.* 27. §. 3. *D. de rei vind.*, para que la restituya con toda su causa, accesiones y frutos segun la cualidad de la posesion. Esta accion es *directa* cuando nace del dominio pleno; es *útil* cuando del menos pléno, como del enfiteusis y del feudo, *l.* 1. §. 1. *D. si ag. vectig. l.* 73. §. 1. *l.* 74. *l.* 75. *D. de rei vind.*

1075. Como el que vindica no solamente está obligado á probar la posesion de otro, sino tambien su dominio, Q. Publicio pretor inventó una nueva accion real derivada del *dominio fingido* (1), §. 4. *Inst. e. t. l.* 7. §. 6. *D. de Public. in rem act.* Esta accion se llama *publiciana*, y se dá al que pierde una cosa que recibió con buena fé y justo título de

uno que no era su dueño, para que el poseedor de ella (á no ser que sea su verdadero dueño) se la restituya con toda su causa, accesiones y frutos, segun la naturaleza de la posesion, §. 4. *Inst. e. t.* Al enfiteuta y al superficiario se dá la accion *publiciana útil*, *l.* 12. §. 2. 3. *l.* 11. §. 1. *D. de Public. in rem act.*

(1) Semejante dominio es enteramente pretorio, porque el pretor finge que el actor ha usucapido la cosa que realmente no ha usucapido, §. 4. *Inst. e. t. l.* 7. §. 6. *D. de public. in rem act.* El fundamento de esta ficcion consiste en que el poseedor de buena fé se considera como dueño cuando se compara con otro que no tiene igual derecho, y por lo mismo se le concede accion real.

1076. De esta naturaleza es tambien la *accion rescisoria.* Como la usucapion produce dominio, y escluye el derecho del verdadero dueño en tales términos que si éste quiere vindicar la cosa despues de usucapida, se le puede oponer la escepcion de prescripcion, el pretor concedió esta accion al verdadero dueño (1) que estuvo ausente por miedo, necesidad, ó en servicio de la patria, ó á su heredero contra el poseedor que usucapió alguna cosa durante su ausencia, ó contra su heredero, para que rescindiendo la usucapion, restituya la cosa usucapida con toda su causa, §. 5. *Inst. e. t. l.* 1. *sig. D. quib. ex caus. maj. in int. rest.*

(1) Por tanto, esta accion se dá al dueño contra el dueño; pero el pretor rescinde el dominio de la cosa, y así como en la *publiciana* finge que se ha usucapido la cosa no usucapida, aquí finge que no se ha usucapido la usucapida, §. 5. *Inst. e. t.* Por lo cual tiene el mismo origen que la anterior, y tambien se llama publiciana, *l.* 35. *D. de oblig. et act. l.* 57. *D. mand.*

1077. El *derecho hereditario* es otra especie de derecho en la cosa, del cual nacen dos acciones civiles, á saber, la *peticion de la herencia*, y la *querella de inoficioso.* La *peticion de la herencia* se dá al heredero testamentario ó abintestato contra aquel que posee como heredero ó poseedor, ó que deja de poseer dolosamente, ó contra sus herederos,

mas no contra aquellos que poseen por título singular, *l. 7. C. de hæred. petit.*, para que el actor se declare heredero, y el poseedor sea condenado á restituir la herencia con toda su causa, accesiones y frutos segun la naturaleza de la posesion. Esta accion es verdaderamente real, pero como envuelve cierta responsabilidad pecuniaria á causa de la administracion de la herencia, tambien se llama mista (not. §. 1071.), *l. 7. C. e. t.*

1078. La querella de inoficioso, de la que se ha tratado estensamente en el *lib. 2. tit. 18.*, no es otra cosa que una especie de peticion de herencia derivada del derecho civil estrictamente dicha, esto es, de la interpretacion de los jurisconsultos, *l. penult. pr. D. de bonor. poss. contr. tab. l. 34. C. de inoff. test.*

1079. Las acciones *confesoria* y *negatoria* son civiles, y nacen de las *servidumbres* y de otros derechos. La *confesoria directa* se dá, constituida ya la servidumbre, al dueño del predio dominante ó al usufructuario, contra el dueño del predio sirviente que le niega la servidumbre, ó contra el propietario y cualquier poseedor que le niega el usufructo, para que el juez declare que á él ó á su predio le compete la servidumbre, mande que se le restituya la facultad de usar y gozar, que se condene al reo en cuanto interese al actor, y que preste caucion de no molestarle en lo adelante, §. 2. *Inst. e. t. l. 4. §. 2. l. 6. §. 6. D. si serv. vindic.* La *confesoria útil* se dá al acreedor á quien se entregó el fundo en prenda, al enfiteuta, al superficiario, y al fructuario contra el vecino del cual vindica el derecho, *l. 16. D. de servit.*

1080. La *negatoria* se dá al dueño del predio libre (aunque sea poseedor §. 1073), que niega deber la servidumbre real ó personal, y se establece contra cualquiera que afirma que le compete la servidumbre, para que se declare libre el predio, se condene al reo en lo que interese al actor, y se le mande prestar caucion de no turbarle en lo futuro, §. 2. *Inst. e. t. l. 4. §. 2. l. 7. l. 12. D. si servit. vind.*

1081. El actor está obligado á probar su derecho en la accion *confesoria*. En la negatoria está exento de probar que su predio no tiene gravámen, si está en posesion de él, *l. 23. C. de probat. l. ult. C. de rei vind.*; pero no si el contrario está en la cuasi posesion de la servidumbre. Sin embargo, en el foro prevalece la opinion contraria, fundándose en la autoridad de la glosa, *Brunnem. á la l. 9. C. de servit. Carpzov. lib. 1. resp. 67.*

1082. Del derecho de *prenda* nacen las acciones pretorias *serviana* y *cuasi serviana* (1), §. 7. *Inst. e. t.*

(1) Se asemejan á éstas los interdictos personales *salviano* y *cuasi salviano*, de los cuales se tratará en otro lugar.

1083. La *serviana* se dá al locador del predio rústico para perseguir del colono y de cualquier poseedor las cosas espresa ó tácitamente obligadas en prenda para pagar la renta, §. 7. *Inst. e. t.*

1084. Así como esta accion solamente está calculada para la utilidad del locador del predio rústico, así la *cuasi serviana ó hipotecaria* es general, y se dá constituida ya la prenda, á cualquier acreedor contra el deudor ó cualquiera que posea la cosa hipotecada ó dada en prenda, para perseguirla con los frutos y accesiones, §. 7. *Inst. e. t. l. 16. §. 3. sig. D. de pign. et hipoth.*

1085. Cuando esta accion se establece contra un tercero, no se puede pedir ni la cosa ni la deuda, porque aunque esté en el arbitrio del reo ó entregar la cosa ó pagar la deuda, *l. 16. §. 3. D. de pign. et hipoth. l. 12. §. 1. D. quib. mod. pign. vel hipoth. solv.*, el tercero no celebró con el actor ningun negocio por el cual se obligase á pagarle lo que otro le debe en virtud de un contrato.

1086. Estas son las acciones *reales*, pues la *pauliana*, aunque Justiniano la refiere á éstas en el §. 6. *Inst. e. t.*, es meramente personal (1), *l. 38. pr. y §. 4. D. de usur.* Todos los *interdictos*, como demostraremos luego, son personales, *l. 1. §. 3. D. de interd.* Solo restan las acciones *perjudiciales*, las cuales tambien son reales, §. 13. *Inst. e. t.*

(1) En cierto modo tambien se puede llamar real, porque se dá en virtud del derecho que los acreedores han conseguido por medio de la posesion en todos los bienes del deudor.

1087. Son *perjudiciales* las acciones en que se disputa acerca del estado de los hombres, v. gr. si alguno es siervo ó libre, cuyo juicio se llama *causa liberal*, *tit. D. de liber. caus.*, si es liberto ó ingenuo, *l. ult. D. si libert. ing. ess. dic.*; si se ha de reconocer el parto ó no, *l.* 3. §. 1. *D. de agnosc. et al. liberis et parent.*

1088. Procede por *causa liberal*, ó el amo contra el siervo que se tiene por libre para que vuelva á la servidumbre, ó el que reclama la libertad, para que se le declare libre contra aquel que le obliga á servir. *Tit. D. de liber. caus. l.* 1. *C. de assert. toll.* Como el siervo se numera entre las cosas, la primera accion es vindicacion de la cosa; pero la segunda se asemeja á la negatoria, porque el que reclama la libertad, niega que otro tiene derecho sobre él. Lo mismo se debe decir del otro caso en que se discute si alguno es ingenuo ó libertino. Cuando el patrono procede contra el liberto que se tiene como ingenuo, la accion es semejante á la confesoria; pero si el ingenuo reclama contra aquel que injustamente egerce sobre él los derechos de patronato, entonces la accion es semejante á la negatoria.

1089. La accion de *reconocer el parto* se dá á la muger repudiada contra el marido que la repudió ya embarazada, para que reconozca y alimente el hijo. Igual accion se concede al padre contra la muger repudiada para que se declare el hijo como suyo. Éste puede tambien proceder contra sus padres para que le reconozcan y alimenten, §. 13. *Inst. e. t. Tit. D. de agnosc. et alend. liber.*

1090. Las acciones *personales*, que tambien se llaman *condiciones*, se derivan del *derecho á la cosa*, §. 15. *Inst. e. t.*

1091. Siendo el *derecho á la cosa* la facultad que compete á la persona contra la persona para que dé ó haga alguna cosa, se sigue que las acciones personales no se dan contra cualquier poseedor (1), sino contra aquel con quien medió algun negocio, *l.* 25. *pr. D. de oblig. et. act.* §. 1. *Inst. e. t.*, y que todas nacen de obligacion no solamente natural, sino tambien de la que recibe fuerza ó del pretor ó del derecho civil. Por esto se dividen en *civiles ó pretorias*, §. 2. 3. *Inst. e. t.*

(1) Hay algunas que aunque son personales se dan sin embargo contra el tercer poseedor, y por eso se llaman *in rem scriptæ*; tales son la *pauliana*, *quod metus causa*, *las noxales*, *ad exhibendum*, *aquæ pluviæ arcendæ*, *l.* 9. §. *ult. D. quod met. caus. l.* 3. §. 3. *D. ad exhib.*, de las cuales se tratará en otro lugar.

1092. Naciendo estas acciones personales de una obligacion, la cual proviene ó inmediatamente de la equidad ó de la ley, ó mediatamente de un hecho obligatorio, á saber de convencion ó delito, se sigue que las acciones personales se derivan en parte de un *hecho obligatorio.*

1093. Las leyes rara vez conceden acciones en virtud de la sola equidad; pero el pretor y los ediles lo hacen con frecuencia. A esto pertenece: 1.° la accion *ad exhibendum* (para mostrar), nacida de la equidad solamente sin mediar ningun hecho obligatorio, *l.* 3. §. *penult. D. l.* 7. *C. ad exhib. l.* 2. §. 5. *D. de aqu. quot. et æstiv.*, y se dá á aquel á quien interesa especialmente contra cualquier poseedor para manifestar la cosa mueble de que se trata y su causa, ó si no se manifiesta por dolo, á pagar lo que interesa, *l.* 3. §. 9. *l.* 9. §. *penult. l.* 10. *sig. D. ad exhibend*: 2.° la accion de *edendo* (para dar cuentas), *l.* 4. §. 1. *l.* 10. §. 1. *D. de edend.*, se dá contra los banqueros, pero no contra sus herederos, para rendir cuentas ó pagar lo que interese, *l.* 4. *pr. l.* 6. *l. ult. D. de edend.*

1094. 3.° Nacen tambien de sola equidad los demas *interdictos* que prohiben que no se cometa fuerza contra aquel que usa de sus cosas, ó que públicamente desea aprovechar.

1095. 4.° Las *restituciones in integrum* se dan por sola equidad (1), pues el pretor movido de ella rescinde los negocios que son válidos por estricto derecho, dando restitucion in integrum á aquellos que fueron engañados por

miedo, *dolo*, *edad*, *ausencia*, *mutacion de estado*, ó *enagenacion por causa de mudar el juicio*, *l.* 1. *l.* 2. *D. de restit. in int.*

(1) El fundamento de las restituciones es la sola equidad, la cual modifica el derecho escrito; y así no se conceden por el delito de otro como la fuerza y dolo, aunque éstos sean verdaderos delitos, sino por la equidad, la cual no permite que uno perjudique á otro de este modo, y que se haga mas rico con daño de tercero. De aquí es que el pretor no castiga directamente la fuerza y dolo, sino que restituye al engañado por miedo y dolo á causa de haber sido perjudicado; de suerte que si no se prueba el daño, no hay restitucion.

1096. De esta especie son: 1.° la accion por *causa de miedo* (*quod metus causa*), la cual se dá por el pretor en los contratos celebrados por miedo injusto á la persona que ha recibido el daño ó á sus herederos contra aquel que infirió el miedo (no contra sus herederos), y contra cualquier poseedor de la cosa perdida para que la restituya con toda su causa, ó si no se restituye al arbitrio del juez, para que pague el cuádruplo, *l.* 9. §. 8. *l.* 12. *l.* 14. §. 7. *D. quod met. caus.* §. 27. *Inst. e. t.*

1097. 2.° La accion de *dolo malo* se dá subsidiariamente á la persona engañada (y en los contratos de estricto derecho, ya sea que el dolo dé causa al contrato, ya que sea incidente, *l.* 7. *pr.* §. 7. *D. de dol. mal.*), ó á su heredero, contra el que engaña (mas no contra su heredero) para restituir con toda su causa la cosa perdida por dolo, ó si no se restituye, para pagar lo que interese, *l.* 1. *l.* 13. *D. de dol. mal.*

1098. 3.° El pretor concede restitucion á los *menores de veinte y cinco años* que han sido perjudicados, y á sus herederos, contra aquellos con quienes han tenido algun negocio, ó contra sus herederos, para que les restituyan íntegramente su derecho, *l.* 13. §. *ult. l.* 12. *l.* 14. *l.* 24. §. 8. *l.* 28. *D. de minor.* Esta accion carece de nombre particular, *l.* 24. §. *ult. D. de minor.*: 4.° tambien concede accion *rescisoria* á los *ausentes* en servicio de la república contra los presentes, ó á los presentes contra los ausen-

tes; pero como esta accion es real, ya se ha tratado de ella en el §. 1076. Las demas restituciones in integrum, á saber, por la *capitis diminucion* y por *la enagenacion hecha á causa de mudar el juicio*, ya no estan en uso.

1099. De la equidad ó quizá de cuasi contrato nace: 5.° la *condicion sin causa*, de la que se ha tratado en el §. 945.; y finalmente: 6.° la accion *pauliana* ó *revocatoria* (1), la cual se dá á los acreedores puestos en posesion de los bienes del deudor, ó á sus herederos, contra cualesquiera poseedores sabedores del fraude, y contra sus herederos aunque ignorantes, ó contra aquellos que poseen por causa lucrativa, para que se restituyan con toda su causa las cosas enagenadas en fraude de los acreedores, §. 6. *Inst. e. t.* Las acciones *Faviana* y *Calvisiana* son semejantes á estas. Véase el §. 1132.

(1) El fundamento de esta accion considerada como personal, es la mera equidad, y no el delito, porque si naciera de éste, no podria establecerse contra el poseedor ignorante del fraude. Tampoco cometia delito el que compraba á aquel á quien el derecho civil permitia vender sus bienes antes del concurso de acreedores, *l.* 26. *D. de contrah. empt.*

1100. La *ley* dá *inmediatamente* la *condicion de ley*, siempre que se establece obligacion por alguna nueva ley, y no se determina la accion con que se ha de proceder, *l. un. D. de condict. ex leg.* Así el donatario procede contra el donante en virtud de la *l.* 35. §. *ult. C. de donat.*; el donante para revocar el esceso de la donacion que no se insinuó en virtud de la *l.* 21. *fin. D. de donat.*, y el contratante dañado en mas de la mitad puede rescindir el contrato contra el que le dañó, en virtud de la *l.* 2. *C. de rescind. vendit*, &c.

1101. Nacen acciones mediatamente de un *hecho obligatorio* así en virtud de *convencion* como de *delito*; pero como las *convenciones* se dividen en *pactos* y *contratos*, y aquéllos en *nudos* y *no nudos*; resulta que antiguamente los pactos no produjeron ninguna accion; mas hoy unos conceden *condicion de lo estipulado*, otros *condicion de la ley*, y otros *condicion de las costumbres*. Pero en constando que se dá accion, no hay necesidad de su nombre.

1102. El pacto *no nudo* es ó *legítimo*, ó *pretorio*, ó *añadido*. El *legítimo* recibe su fuerza de la ley, y el *pretorio* del pretor (§. 736.). De todos los legítimos nace *condicion de la ley*, de la que se ha tratado en el §. 1100. Los *añadidos* producen la misma accion que el contrato de buena fé á que se agregan, *l.* 7. §. 5. *D. de pact. l.* 69. *D. pro soc. l.* 79. *de contrah. empt. l.* 4. *D. de leg. commiss. l.* 6. *D. de in diem addict.*

1103. Los pactos pretorios son la *hipoteca*, el *constituto*, y la *deferencia al juramento* estrajudicial ó voluntario. De la *hipoteca*, que aunque no se entrega produce derecho en la cosa (§. 316.), no nacen acciones personales, sino las reales *serviana* y *cuasi serviana* ó *hipotecaria*, de que se ha tratado ya en los §. 1082. y *sig.* La accion personal de *constituta pecunia* derivada del pacto de *constituto* (1), se dá al acreedor contra aquel que se compromete á pagar por medio de un pacto lo que él ú otra persona debe, §. 9. *Inst. e. t.*

(1) El que hoy se compromete por otro se considera como fiador, porque entre el pacto y la estipulacion no hay ninguna diferencia en cuanto á los efectos. Tampoco se usa ya de la *accion recepticia*, la cual se daba al acreedor contra el banquero que se comprometia por sí ó por otro, ó contra su heredero, para que pagase cualquiera cosa á que se comprometia, fuese ó no fuese de las que se consumen con el uso. *Theof. al* §. 8. *e. t. Salmas. de modo usur. cap.* 16. Justiniano refundió dicha accion en la de *constituta pecunia*, *l.* 2. *C. de const. pec.*

1104. La deferencia al *juramento* voluntario produjo antiguamente por estricto derecho el mismo efecto que el pacto desnudo, *l.* 35. §. 1. *D de jurejur.* Pero el pretor le dió despues fuerza, y concedió accion *in factum ex jurejurando*, para que defiriendo el reo al juramento del actor, aquel pagase á éste lo que juraba que le debia, §. 11. *Inst. e. t.*

1105. Síguense los contratos que son ó *verdaderos contratos*, ó *cuasi contratos* (§. 737.). Los *verdaderos* se dividen en *nominados* é *innominados* (§. 738.), y tambien en *reales*, *verbales*, *literales* y *consensuales* (§. 739.).

1106. Los *reales* son cuatro, á saber: *mutuo*, *comodato*, *depósito*, *prenda*. Del mutuo nace *condicion certi*, ó *accion de mutuo* (§. 754.). Del comodato, *accion de comodato directa y contraria* (§. 761.). Del depósito, *accion de depósito directa y contraria* (§. 771. *y sig.*). De la prenda, *accion de prenda directa y contraria* (§. 781.). Del interdicto *salviano y cuasi salviano* se tratará en otro lugar.

1107. De las *obligaciones verbales* nace la *accion certi et incerti ex stipulatu*; y de la *obligacion literal*, *la condicion del quirógrafo*.

1108. Los contratos *consensuales* son: 1.° La *compra venta*, de la que se derivan las acciones de *compra venta*: y la *redibitoria y quanti minoris* en virtud del edicto del edil: 2.° la *locacion conducion* produce las acciones de *locacion conducion*: 3.° el contrato *enfitéutico*, del que nacen dos acciones *enfiteuticarias directas*: 4.° la *sociedad*, de la que se deriva la accion de *socio*: y 5.° el *mandato*, del cual nace la accion *directa y contraria de mandato*.

1109. Todos los contratos *innominados* producen una accion general, á saber: la *accion in factum ó præscriptis verbis*, *l.* 5. §. 1. *sig. D. de præscr. verb.*, así llamada, no por el nombre del contrato, sino porque *demuestra la cosa hecha con palabras determinadas*, *l.* 6. *C. de transact.*, y se dá á aquel que dió ó hizo, contra el que prometió alternativamente dar ó hacer alguna cosa para que la cumpla, y en su defecto para que pague lo que interese, *l.* 5. §. 1. *sig. D. de præscr. verb.* De aquí nace tambien la accion *causa dada*, *causa no seguida*, de que se ha tratado en el §. 963.

1110. Síguense los *cuasi contratos*, tales son la *gestion de negocios*, de la que nace accion *directa y contraria de negocios hechos*: la *tutela* de la que se deriva *accion de tutela directa y contraria*: la *comunion de la herencia*, de la que resulta accion *familiæ erciscundæ*: la *comunion de bienes*, de la que nacen la accion *communi dividundo*, aunque estas sean mistas en cierto modo: la *adicion de la herencia*, la cual produce *accion personal de testamento*: la *paga de indebido*,

de donde emana la *condicion* de lo *indebido*: la *recepcion de las cosas* hechas por los capitanes de buques, taberneros y mesoneros, de donde la accion *in factum de recepto.* El *cuidado del entierro*, de donde la *accion funeraria*, la cual se dá al que aun no habiendo adido la herencia, hace los gastos de un entierro ageno, y tambien á su heredero, contra aquel á quien pertenecen los bienes, ó contra su heredero, para que ante todas cosas se le restituyan los gastos, *l.* 14. *l.* 15. *D. de religios.*

1111. Los delitos son ó *verdaderos* ó *cuasi delitos.* Aquellos se dividen en *públicos* ó *privados*, *ordinarios* ó *estraordinarios.* De los *públicos* se tratará en el título XVIII; de los *estraordinarios* en las Pandectas; y de los *privados* aquí.

1112. Tales son el *hurto*, del que nace la *condicion furtiva y accion de hurto*; la *rapiña*, de donde la accion de *bienes robados* y la de *hurto*; el *daño injustamente causado*, el cual se vindica con la accion de la *ley Aquilia*; la *injuria*, por la que compețen las *acciones pretoria de injurias*, *criminal*, *persecutoria*, *y de la ley Cornelia de injurias.*

1113. Nacen tambien de verdadero delito: 1.° la accion *de albo corrupto* (1), la que se daba á cualquiera del pueblo contra el que dolosamente borraba alguna cosa del albo del pretor, para que pagase quinientos aureos, los cuales se aplicaban al actor, *l.* 7. *pr. D. de jurisdict.*: 2.° la accion *in factum*, por la cual se vindicaba el dolo de aquel que establecia ó impetraba un nuevo derecho injusto, y se le compelia á que él mismo usase de él, *l.* 1. §. 1. *quod quisque jur.*: 3.° la accion penal *in factum* que se daba al actor ó al reo contra el adversario que obedecia la sentencia, para que pagase la estimacion de la cosa, *l. un. D. si quis jus. dic.*: 4.° la accion *in factum* que se dá al actor contra el que llamado á juicio se exime por fuerza, para que pague lo que el actor tuviere por conveniente sobre el negocio, *l.* 5. §. 1. *D. ne quis eum qui in jus. voc.*: 5.° la accion *in factum* contra el que impide que otro comparezca en juicio, por la cual será compelido á pagar todo lo que interese, *l.* 3. *pr. D. de eo, per quem fact. erit.*

(1) *Albo* era una tabla blanca en que se escribian los edictos del pretor. Algunos dicen que la tabla no era la blanca sino las letras. *El traductor.*

1114. 6.° La accion *in factum* de *calumniadores* se dá al calumniado, mas no á su heredero, *l.* 4. *D. de calumn.*, contra el que recibió dinero para hacer ó no hacer alguna cosa con el objeto de calumniar. Si se establece dentro de un año, la pena es en el cuadruplo; y si despues de él, en el simplo, *l.* 1. *pr. D. lug. cit.*: 7.° la condicion *por causa torpe*, de la que se ha tratado en el §. 946., aunque tambien puede derivarse de otra fuente: 8.° la accion del *siervo corrompido* por la cual el amo ó su heredero exige el duplo del que corrompió el siervo, §. 23. *Inst. de action.*: 9.° la accion *in factum* se dá contra el agrimensor que no señala á los campos sus propios límites, ó que por sí ó por otro renuncia á los de un tercero, para que pague lo que interese, *l.* 1. *pr. l.* 3. §. 1. *l.* 5. §. 1. *D. si mensor. fals. mod.*

1115. Nacen tambien de delito la accion *de cosas quitadas*, la de *tutores sospechosos*, y la de *rationibus distrahendis*, de todas las cuales se ha tratado ya.

1116. De todos los *cuasi delitos* emana la accion comun *in factum*, segun hemos visto en los §§. 1058., 1060., 1063., 1067.

1117. La segunda division de las acciones es en *persecutorias de la cosa*, por las cuales perseguimos lo que nos falta de nuestro patrimonio, *l.* 35. *pr. D. de oblig. et act.*; en *penales*, por las que perseguimos la pena establecida por las leyes, *l.* 7. *D. de serv. export.*; y en *mistas*, por las cuales perseguimos en parte la pena establecida por las leyes, y parte lo que interesa, §. 16. *Inst. e. t.*

1118. *Persecutorias de la cosa* son: 1.° todas las reales de que se ha tratado desde el §. 1072. hasta el §. 1089.: 2.° las acciones de las convenciones de que se habla en el §. 1101. y *sig.* escepto el *depósito miserable*, del cual nace accion en el duplo, cuando se comete dolo, §. 17. *Inst. e. t.*: 3.° la *condicion furtiva*, y la accion de cosas quitadas, *l.* 7. §. 1. 2. *D. de condict. furt. l.* 25. §. 2. *D. de rer. amot.*

1119. *Penales* son casi la mayor parte de las que nacen de delito, como la *accion* de *hurto*, *de albo corrupto*, y otras semejantes, §. 18. *Inst. lug. cit.* Son *mistas* la accion de los *bienes robados*, la de la *ley Aquilia*, la de los *legados dejados* á los *lugares venerables* ó á la *iglesia*, la cual se dá en el duplo contra el heredero que niega ó que es moroso, §. 19. *Inst. e. t.*

1120. Todas las acciones se dan ó en el *simplo*, ó en el *duplo*, ó en el *triplo*, ó en el *cuadruplo*, §. 21. *Inst. e. t.*

1121. Tienen accion en el *simplo* todos los que persiguen la cosa, y por tanto se dan en el simplo todas las acciones persecutorias de la cosa, §. 22. *Inst. e. t.*, y ciertas acciones penales y mistas, despues que ha pasado un año, como la *accion de calumniadores*, y la *accion de bienes robados.*

1122. Hay ciertas acciones que se dan en el *duplo* desde el principio, tales son la del *hurto no manifiesto*, y la del *siervo corrompido*; otras cuando se niega, como la *accion* de la *ley Aquilia*, la del *depósito miserable*; y otras ó negando ó difiriendo la paga, como la accion de los legados que se dejan á las iglesias ú otros lugares venerables, §. 26. *Inst. e. t.*

1123. Se daba accion en el triplo contra el que cobraba en el libelo de demanda mayor cantidad de la que se le debia, con el objeto de que los curiales pudieran exigir del reo mayores espórtulas (1)., §. 24. *Inst. e. t.*

(1) Estas se daban en proporcion á la cantidad que se exigia; de suerte que si llegaba á cien aureos, se debia dar medio aureo, segun observa *Teofilo al* §. 24. *Inst. e. t.*

1124. Se dan en el *cuadruplo* desde el principio ciertas acciones penales, como la *accion de hurto manifiesto*, la *accion in factum de calumniadores*, la *accion de bienes robados*, y la que se dá contra los curiales que exigen mas espórtulas de las debidas, §. 25. *Inst. e. t.* Esceptúase la accion *quod metus causa*, pues se dá al principio en el simplo; mas si el reo no restituye la cosa al arbitrio del juez, entonces

se dá en el cuadruplo, §. 27. *Inst. e. t. l.* 14. §. 1. *D. quod met. caus.*

1125. Hay tambien acciones de *buena fé*, de *estricto derecho*, y *arbitrarias*, §. 28. 31. *Inst. e. t.* Para entender bien esta division, se debe advertir que los pretores y magistrados ordinariamente no conocian sino de las cosas de derecho, y de las que se practicaban antes de la contestacion del pleito; mientras que las demas se delegaban ó á los *jueces*, ó á los *árbitros*, *l.* 15. *pr. D. de re judic.*, para que conociesen de hecho, y pronunciasen sentencia segun la fórmula prescrita por el magistrado, *Ger. Noodt. de jurisd. lib.* 1. *cap.* 8.

1126. Habiendo algunos negocios de tan estricto derecho que el juez no puede decidir nada mas que lo convenido, y otros en que se le permite determinar segun la equidad, resultó que en aquellos el juez era nombrado bajo la siguiente fórmula: *si aparece que Ticio debe ciento segun lo estipulado*, *condénalo en ciento.* Por tanto, el juez pedáneo circunscrito á la fórmula del pretor no podia condenar á pagar las usuras, ni ninguna otra cosa. *Venian de este modo al juicio*, dice Ciceron, *para ganar ó perder todo el pleito. Cic. pro Q. Rosc. cap.* 4. *Senec. de benef. lib.* 3. *cap.* 3. Las acciones en virtud de las cuales se nombraba el juez con esta fórmula, se llamaron de *estricto derecho.*

1127. Por el contrario, en los negocios que podian decidirse segun la equidad, el pretor no determinaba suma cierta, sino que en los contratos consensuales nombraba el árbitro del modo siguiente: *si aparece que Ticio debe á Mevio por locacion*, *condénesele á pagar tanto*, *cuanto debe darle consultando la buena fé.* En las acciones nacidas del contrato fiduciario, se añadia en lugar de las palabras *de buena fé*, la fórmula: *como conviene que se haga entre hombres de bien.* En la accion de las cosas de la muger: *cuanto mas equitativo*, *tanto mejor. Cic. de offic. lib.* 3. *cap.* 17. De aquí fue, que el árbitro podia condenar á pagar por la mora las usuras, los frutos, y cualquiera otra cosa que le pareciese conforme á los principios de equidad. *Cic. pro Q. Rosc. cap.* 4.

1119. *Penales* son casi la mayor parte de las que nacen de delito, como la *accion* de *hurto*, *de albo corrupto*, y otras semejantes, §. 18. *Inst. lug. cit.* Son *mistas* la accion de los *bienes robados*, la de la *ley Aquilia*, la de los *legados dejados* á los *lugares venerables* ó á la *iglesia*, la cual se dá en el duplo contra el heredero que niega ó que es moroso, §. 19. *Inst. e. t.*

1120. Todas las acciones se dan ó en el *simplo*, ó en el *duplo*, ó en el *triplo*, ó en el *cuadruplo*, §. 21. *Inst. e. t.*

1121. Tienen accion en el *simplo* todos los que persiguen la cosa, y por tanto se dan en el simplo todas las acciones persecutorias de la cosa, §. 22. *Inst. e. t.*, y ciertas acciones penales y mistas, despues que ha pasado un año, como la *accion de calumniadores*, y la *accion de bienes robados.*

1122. Hay ciertas acciones que se dan en el *duplo* desde el principio, tales son la del *hurto no manifiesto*, y la del *siervo corrompido*; otras cuando se niega, como la *accion* de la *ley Aquilia*, la del *depósito miserable*; y otras ó negando ó difiriendo la paga, como la accion de los legados que se dejan á las iglesias ú otros lugares venerables, §. 26. *Inst. e. t.*

1123. Se daba accion en el triplo contra el que cobraba en el libelo de demanda mayor cantidad de la que se le debia, con el objeto de que los curiales pudieran exigir del reo mayores espórtulas (1)., §. 24. *Inst. e. t.*

(1) Estas se daban en proporcion á la cantidad que se exigia; de suerte que si llegaba á cien aureos, se debia dar medio aureo, segun observa *Teofilo al* §. 24. *Inst. e. t.*

1124. Se dan en el *cuadruplo* desde el principio ciertas acciones penales, como la *accion de hurto manifiesto*, la *accion in factum de calumniadores*, la *accion de bienes robados*, y la que se dá contra los curiales que exigen mas espórtulas de las debidas, §. 25. *Inst. e. t.* Esceptúase la accion *quod metus causa*, pues se dá al principio en el simplo; mas si el reo no restituye la cosa al arbitrio del juez, entonces

se dá en el cuadruplo, §. 27. *Inst. e. t. l.* 14. §. 1. *D. quod met. caus.*

1125. Hay tambien acciones de *buena fé*, de *estricto derecho*, y *arbitrarias*, §. 28. 31. *Inst. e. t.* Para entender bien esta division, se debe advertir que los pretores y magistrados ordinariamente no conocian sino de las cosas de derecho, y de las que se practicaban antes de la contestacion del pleito; mientras que las demas se delegaban ó á los *jueces*, ó á los *árbitros*, *l.* 15. *pr. D. de re judic.*, para que conociesen de hecho, y pronunciasen sentencia segun la fórmula prescrita por el magistrado, *Ger. Noodt. de jurisd. lib.* 1. *cap.* 8.

1126. Habiendo algunos negocios de tan estricto derecho que el juez no puede decidir nada mas que lo convenido, y otros en que se le permite determinar segun la equidad, resultó que en aquellos el juez era nombrado bajo la siguiente fórmula: *si aparece que Ticio debe ciento segun lo estipulado, condénalo en ciento.* Por tanto, el juez pedáneo circunscrito á la fórmula del pretor no podia condenar á pagar las usuras, ni ninguna otra cosa. *Venian de este modo al juicio*, dice Ciceron, *para ganar ó perder todo el pleito. Cic. pro Q. Rosc. cap. 4. Senec. de benef. lib. 3. cap. 3.* Las acciones en virtud de las cuales se nombraba el juez con esta fórmula, se llamaron de *estricto derecho.*

1127. Por el contrario, en los negocios que podian decidirse segun la equidad, el pretor no determinaba suma cierta, sino que en los contratos consensuales nombraba el árbitro del modo siguiente: *si aparece que Ticio debe á Mevio por locacion, condénesele á pagar tanto, cuanto debe darle consultando la buena fé.* En las acciones nacidas del contrato fiduciario, se añadia en lugar de las palabras *de buena fé*, la fórmula: *como conviene que se haga entre hombres de bien.* En la accion de las cosas de la muger: *cuanto mas equitativo, tanto mejor. Cic. de offic. lib. 3. cap. 17.* De aquí fue, que el árbitro podia condenar á pagar por la mora las usuras, los frutos, y cualquiera otra cosa que le pareciese conforme á los principios de equidad. *Cic. pro Q. Rosc. cap.* 4.

Senec. benefic. lib. 3. *cap.* 3. Todas estas acciones se llamaron de buena fé (1), §. 30. *Inst. e. t.*

(1) Por esta razon la buena fé no se opone aquí al dolo como en la *l.* 59. §. 1. *D. de mandat.*, sino al estricto derecho; y asi equivale á que el juez tiene una potestad mas ámplia y mas libre, §. 30. *Inst. e. t.*

1128. El árbitro se nombraba muchas veces con la facultad de que estimase lo que el reo debia restituir, y si el reo no obedecia, pudiese condenarlo en mas ó á su arbitrio, ó segun el juramento del actor. El árbitro era nombrado con la fórmula siguiente: *si aparece que Ticio quitó á Mevio alguna cosa por fuerza, mándasela restituir, y si no lo hiciere á tu arbitrio, condénalo en el cuadruplo.* Tambien se nombraba de este otro modo: *si aparece que Ticio tiene el vestido de Mevio, y no lo exhibe á tu arbitrio, condénalo en tanto, cuanto jurare Ticio. Sigon. de Judic. Rom. lib.* 1. *cap.* 24. Estas acciones se llamaron *arbitrarias*, §. 31. *Inst. e. t.*

1129. De aquí es que las acciones de *buena fé* se definen: *acciones* en que *se concede al juez* (antiguamente al árbitro) *la mas libre facultad de estimar segun la equidad y la naturaleza del negocio, lo que convenga que uno dé ó haga á otro*, §. 30. *Inst. e. t.* Acciones de *estricto derecho* son aquellas *en que la potestad del juez* (antiguamente de la fórmula) *se prefijaba á la convencion de las partes*, *l.* 99. *D. de verbor. obligat.* Acciones *arbitrarias son aquellas en que el juez* (antiguamente el árbitro) *puede estimar lo que se debe dar ó hacer segun la equidad ó la naturaleza del negocio, y si el reo no obedece á su arbitrio puede condenarlo en mayor cantidad*, §. 31. *Inst. e. t.* Por esto dice Teofilo, que *estas acciones tienen una naturaleza particular.*

1130. Son acciones de buena fé: 1.° todas las nacidas de los contratos consensuales, §. 3. *Inst. de oblig. ex cons.*, como la de *compra venta*, *locacion conducion*, *enfiteuticaria*, *de socio*, *de mandato*: 2.° las de los contratos reales de *comodato*, de *depósito y prenda*: 3.° de los contratos inominados, la accion *præscriptis verbis*, de permuta y estimatoria: 4.° de los cuasi contratos, las acciones de *negocios*

hechos, *funeraria*, de *tutela*, y las dos mistas, á saber: *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo*: 5.° de las acciones en la cosa, solamente la *peticion de la herencia*, porque tiene una naturaleza mista, §. 28. *Inst. e. t.*

1131. Las acciones de *estricto derecho* son la *condicion certi de mutuo*, la accion de *estipulacion*, la *condicion* del *quirógrafo*, la *condicion* de lo *indebido*, la accion de *testamento*, la que parece que es de una naturaleza ambigua, *l.* 5. *D. de eo quod cert. loc. l.* 87. §. 1. *D. de legat.*, y las demas que no son ni de buena fé ni arbitrarias.

1132. Son *arbitrarias*: 1.° todas las acciones de que se ha tratado en el §. 1072. y *sig.*, escepto la *peticion* de la *herencia*: 2.° la accion *por causa de miedo*: 3.° la accion de *dolo*: 4.° la accion *para exhibir*, *l.* 31. *D. e. t.*: 5.° la accion *de lo que en cierto lugar*: 6.° la accion *redibitoria*: 7.° la accion *finium regundorum*, *l.* 4. §. 2. 3. *l.* 7. *D. fin. reg. l.* 22. *D. de rei vindicat.*: 8.° la accion *Pauliana*, *arg. l.* 8. *l.* 10. §. 20. *D. quæ in fraud. cred.*: 9.° las acciones *Faviana y Calvisiana* que competen al patrono y á sus herederos contra cualquier poseedor y sus herederos, para revocar en todo ó en parte las cosas enagenadas en fraude del patrono, *l.* 1. §. 11. 12. 26. *ult. D. quæ in fraud. patron.*: 10. la accion de *las cosas quitadas*, *l.* 8. §. 1. *D. de act. rer. amot.*

1133. La accion de la *estipulacion de dote* tiene una naturaleza particular, porque habiendo podido la muger antiguamente repetir su dote con la accion *rei uxoriæ* (de cosa de la muger), la cual era de buena fé, Justiniano la convirtió en una *de estipulado*; pero de tal manera, que le dejó las cualidades de la accion *rei uxoriæ*. De aquí es, que se reputa de buena fé, contra la naturaleza de la accion *de lo estipulado*; que se dá á la muger aunque no haya precedido estipulacion, y que ésta tiene hipoteca tácita en los bienes del marido y privilegio de prelacion respecto de todos los acreedores de éste, *l. un. C. de rei uxor. act.* §. 29. *Inst. e. t.*

1134. Pero hay mucha diferencia entre las acciones de

buena fé y las de *estricto derecho*: 1.° en aquéllas se hacía la compensacion *ipso jure*; en éstas oponiendo la escepcion de dolo, lo cual se ha abolido por derecho nuevo, §. 30. *Inst. e. t. l. ult. D. de compensat.*: 2.° en aquéllas el miedo ó el dolo anula el contrato; en estas dá accion y escepcion para rescindirlo, *l.* 9. §. 8. *l.* 12. *l.* 14. §. 7. *D. quod met. caus. l.* 7. *pr. y* §. 3. *D. de dol. mal.*: 3.° en aquéllas se deben todos los frutos desde el tiempo de la mora; en éstas si repetimos nuestras cosas, desde el tiempo en que el reo las recibió; y en los demas juicios de estricto derecho, desde la contestacion del pleito, *l.* 35. §. 7. *l.* 38. *D. de usur.*: 4.° en aquéllas se deben las usuras no solamente por estipulacion, sino tambien por pacto, y aun mora, sin ser necesario que se prometan; en éstas por sola estipulacion, *l.* 1. *l.* 3. *C. l.* 32. §. 2. *l.* 34. *sig. D. de usur.*: 5.° en aquéllas los pactos añadidos inmediatamente al contrato, producen accion en virtud de él; en éstas no la producen, *l.* 7. §. 5. *D. de pact.*

1135. Las acciones *arbitrarias* tambien se diferencian de las de *buena fé* y de *estricto derecho*: 1.° en aquéllas la condenacion se hace simplemente; en éstas si el reo no restituye al arbitrio y por mandato del juez, *Teof.* §. 31. *Inst. e. t.*: 2.° en las acciones de estricto derecho la condenacion se hace segun la convencion de las partes; en éstas al arbitrio del juez, §. 31. *Inst. e. t.*

1136. Aunque en las acciones *arbitrarias* y de *buena fé* se deja un gran campo al arbitrio del juez, sin embargo se debe procurar en cuanto sea posible que la accion se establezca en cantidad ó cosa cierta, y que el juez pronuncie la sentencia del mismo modo, aunque se trate de cosa incierta (1), §. 32. *Inst. e. t.*

(1) Hay casos en que el actor no puede determinar en el libelo cosa cierta, como sucede cuando la accion es alternativa por su naturaleza, *l.* 75. §. 7. *D. de verb. oblig.*, ó el juicio es universal, v. gr. la peticion de la herencia, *l.* 7. *D. si pars hæred. pet.* Segun la ley 2. *C. de resc. vend.*, absolutamente se debe proceder á rescindir la venta; pero el reo tiene la eleccion ó de rescindir el contrato, ó de satisfacer al perjudicado.

1137. El actor no puede pedir *mas* de lo que se le debe; pero si pidiere *menos*, no corre ningun peligro; antes al contrario, el juez puede segun la constitucion del emperador Zenon, condenar al reo en el mismo juicio á que pague todo lo que debe, §. 34. *Inst. e. t.* El que pide erróneamente una cosa por otra, puede reformar el libelo en el mismo juicio hasta la sentencia, *l.* 4. §. *fin. D. de nox. act. l.* 4. *l.* 41. *D. de petit. hæred. l.* 3. *C. de edend. l.* 69. *D. de judic.*

1138. Se pide *mas* ó en la *cosa*, si se pide mayor cantidad ó parte de la que se debe: ó en *tiempo*, si se pide antes del dia ó la condicion: ó en *lugar*, si habiéndose estipulado dar una cosa en cierto lugar, se pide en otro: ó en *causa*, si se pide determinadamente lo que se prometió alternativamente, ó si se exige especie, cuando se prometió género, §. 33. *Inst. e. t.*

1139. Antiguamente el que pedia mas, perdia el pleito, *Plaut. Moscell. act.* 3. *escen.* 1. *v.* 122., y el pretor no le concedia restitucion in integrum, á no ser que fuese menor, ó alegase otra causa justa, *dicho* §. 33. Despues se mandó por la constitucion Zenoniana, que si se pedia mas en *tiempo*, éste se duplicase al reo, y se condenase al actor en las costas, §. 10. *Inst. de except. l.* 12. *C. de plus petit.* Justiniano determinó que si el actor pedia mas en la cosa ó en la causa, pagase el triplo de los daños causados al actor, §. 33. *Inst. e. t.* Finalmente, pidiendo mas con respecto al lugar, se dá la *condicion de lo que en cierto lugar*, para que el reo pague tanto menos, cuantos son los perjuicios que se le infieren de pagar en otro lugar, *l.* 1. *l.* 8. *D. de eo quod cert. loc.*

1140. La quinta division de las acciones es ó en el *todo* ó en la *parte*. Regularmente perseguimos el *todo*; pero hay casos en que solo se pide la parte: 1.° en la accion *de peculio* de que se tratará en el *tit. sig.* §. 1160., la que solamente se estiende hasta donde alcanza el peculio, §. 36. *Inst. e. t.*

1141. 2.° Por la *compensacion*, la cual disminuye la

deuda *ipso jure* hasta la cantidad equivalente, §. *penult. Inst. e. t.*

1142. 3.º Por el *beneficio de competencia*, el cual es un derecho *singular concedido á ciertas personas en razon de conexiones particulares, de la milicia, de beneficio, ó de calamidad, para que no puedan ser demandadas en mas de lo que puedan pagar*, §. 37. *Inst. e. t. l.* 29. *l.* 30. *D. de re jud. l.* 173. *D. de reg. jur.* De lo que se sigue, que este privilegio es personal, y que no aprovecha ni á los herederos ni á los fiadores, *l.* 24. *sig. D. de re jud. l.* 63. §. 1. *D. pro soc.*

1143. Por *conexion* compete este beneficio á los padres, §. 38. *Inst. e. t.*, á los patronos, *ll.* 16. 17. *D. de re jud.*, á los hermanos, á los socios que obran entre sí con la accion *de socio* porque se consideran como hermanos, *l.* 16. *D. de re jud. l.* 63. *D. pro soc.* §. 36. *Inst. e. t.*, á los consortes, *l.* 17. *l.* 20. *D. de re jud.*, y á los suegros, mientras dura la afinidad, *l.* 21. *l.* 22. *pr. D. lug. cit. l. penult. D. de jur. dot.*

1144. Por la *milicia* se concede este privilegio á los militares, *l.* 7. *l.* 18. *D. de re jud.*, el cual estienden algunos impropiamente á los nobles, clérigos, abogados y doctores, *Richit. Decis.* 24. §. 2.

1145. Por *beneficio* compete á los donantes, quienes no pueden ser demandados por el donatario sino despues de haber pagado las deudas, *l.* 30. *D. de re jud. l.* 28. *D. de reg. jur.*

1146. Finalmente, por *calamidad* compete este beneficio á los hijos emancipados, á los exheredados, á los que se abstienen de la herencia paterna, *l.* 49. *D. de re jud. l.* 2. *pr. D. quod cum eo, qui in al. potest.*, y á los que hacen cesion de bienes, §. 40. *Inst. e. t. l.* 4. *D. de cess. bon.*

TÍTULO VII.

Negocios que se hacen con el que está bajo la potestad de otro.

1147. Hay ciertas acciones que se derivan de hecho *propio*, y otras de hecho *ageno*. Tales son las que se contraen por medio de nuestros hijos, siervos y animales. Las primeras son de *cualidad adyecticia*, las cuales, como género, contienen muchas especies. Así la accion *quod jussu* es genérica, porque hay *condicion certi quod jussu*, *accion de compra quod jussu*, *condicion de estipulado quod jussu*, y otras varias.

1148. Tales son casi siempre las acciones derivadas de hecho ageno; pues aunque nadie puede estipular ó prometer por otro, y por lo mismo, de los hechos de uno no resulta á otro ni accion, ni obligacion, ni dominio; sin embargo, esto no se entiende respecto de los *hijos de familia* y de los *siervos*, quienes se consideran como una persona á causa del vínculo de la potestad.

1149. El padre y el amo se obligan por los hechos lícitos del hijo ó del esclavo, en virtud de los cuales el hijo puede ser demandado in solidum, (*l.* 4. §. 2. *D. quod cum eo qui in al. potest. est neg. esse dic.*). En virtud de contrato, *l.* 1. *D. lug. cit. l.* 39. *D. de oblig. et act.*, se obligan: 1.º cuando mandan al hijo ó al esclavo: 2.º cuando les encargan la direccion de algun negocio: 3.º cuando les dan peculio con el objeto de que negocien: 4.º cuando lo que adquieren se convierte en utilidad del padre ó del amo. En el primer caso nace accion *quod jussu*; en el segundo *exercitoria* é *institoria*; en el tercero *tributoria* y *de peculio*, y en el cuarto de *in rem verso*, *l.* 1. *D. e. t.*

1150. El *precepto* propiamente incumbe á los padres y á los amos, y parece que lo imponen aquellos que por testamento ó por carta, por palabras ó por apoderado, ge-

neral ó especialmente preceptuaron, mandaron ó aprobaron lo hecho en un contrato, *l.* 1. §. 1. 3. 4. 6. *D. quod juss.*

1151. El pretor dá accion *quod jussu* de *adyecticia* cualidad á aquel con quien el hijo ó el siervo contrató por mandato del padre ó del amo, para que éstos paguen toda la cantidad, §. 1. *Inst. e. t.* Por derecho nuevo, el padre ó el amo por cuyo precepto se celebró el contrato, pueden tambien ser demandados directa y civilmente, §. *ult. Inst. e. t.*

1152. A causa del comercio se establecieron las acciones *exercitoria* é *institoria*. Se llama *exercitor* aquel á *quien pertenecen las obvenciones y rentas diarias de* una nave propia ó alquilada, §. 2. *Inst. e. t. l.* 1. §. 15. *D. de exerc. act.* Cuando el *exercitor* encomienda á uno el gobierno de la nave, ó el que antes la gobernaba pone á otro en su lugar, este se llama *patron*, pudiendo serlo un hombre libre ó un esclavo propio ó ageno, *l.* 1. § 1. 3. 4. 5. *D. lug. cit.* §. 2. *Inst. e. t. Institor es aquel á quien se entrega una taberna para que compre y venda*, sin ningun respeto á su condicion ó edad, *l.* 18. *D. de inst. act.*

1153. Por tanto, la accion *exercitoria* es de adyecticia cualidad, y se dá por el pretor al que contrajo con el patron (no con el marinero, *l.* 1. §. 2 *D. lug. cit.*) acerca de las cosas concernientes á la nave, *l.* 1. §. 8. 9. 12. *D. de exerc. act.*, para que el *exercitor* pague lo que debe en razon del contrato, §. 2. *Inst. e. t.* Esta accion pasa á los herederos y contra los herederos, y si son muchos los *exercitores*, se dá contra cada uno in solidum, *l.* 1. §. *ult. l.* 2. *l.* 3. *D. lug. cit.*

1154. La *institoria* es tambien de cualidad adyecticia, y se dá al que contrajo con el *institor* acerca de las cosas relativas á la taberna, *l.* 5. §. 11. *sig. D. l.* 3. *C. de inst. act.*, ó á su heredero, contra el que se la puso á gobernar, ó contra sus herederos, *l.* 13. §. *ult. D. lug. cit.*, para conseguir lo que se debe en virtud del contrato, §. 2. *Inst. e. t.* Cuando son muchos los que encomiendan el cuidado de la taberna, se dá accion in solidum contra cada uno, *dicha l.* 13.

1155. Acerca de estas acciones se debe observar: 1.º que el patron y el institor pueden ser demandados directamente en virtud de sus contratos, mientras que dirigen la nave ó la negociacion, pero no concluido el negocio, *l. ult. D. de inst. act.*, á no ser que se hayan comprometido por los amos, *l.* 67. *D. de procur.*, ó sean falsos exercitores ó institores, *Sand. lib.* 3. *tit.* 7. *def.* 1.

1156. 1.º Que el que contrajo con el institor ó con el patron, puede proceder contra el dueño de la taberna ó el institor; mas éstos no pueden contra los que contrageron con el institor ó el patron, á no ser que no puedan conservar su cosa de otra manera, *l.* 1. *l.* 2. *D. de inst. act. l.* 1. §. 18. *D. de exerc. act.* Por tanto se puede decir, que si el institor y el patron son libres, se procede contra ellos con la accion de mandato ó de conduccion.

1157. Por derecho nuevo se puede proceder directamente contra los exercitores ó los dueños de la taberna, §. *ult. Inst. e. t.*

1158. La accion *tributoria* se llama así de *tribuendo*, que en este caso significa distribuir, porque si el hijo de familia ó el siervo negociare, sabiéndolo el padre ó el amo, y los acreedores del hijo ó del esclavo pidieren lo que éstos les deben, el padre ó el amo pueden repartir el peculio á prorata.

1159. Pero si hacian dolosamente una reparticion injusta, el pretor daba á los acreedores accion adyecticia *tributoria* contra el padre ó el amo, ó su heredero (1), que hacia dolosamente una reparticion injusta, *l.* 7. §. *ult. l.* 8. *l.* 9. *D. de tribut. act.*, para que el peculio se dividiese á prorata, §. 3. *Inst. e. t.*

(1) Aunque esta accion solamente compete cuando hay dolo, sin embargo no es de dolo, *l.* 8. *D. de tribut. act.* Quiere decir, que aunque los acreedores no puedan proceder sino en el caso en que se haga por dolo una distribucion injusta, con todo, ellos no tratan de castigarlo, sino de perseguir la cosa, y por lo mismo pueden establecer su accion contra el heredero.

1160. Casi de la misma naturaleza es la accion de *pe-*

culio, cuya naturaleza y especies hemos esplicado en el §. 438. *y sig.* Cuando el hijo de familia ó el siervo contrataban sin mandato del padre, no se concedia accion contra el padre ó el amo, á no ser que el hijo ó el esclavo tuviesen peculio profecticio (1); en cuyo caso el pretor daba accion de adyecticia cualidad de *peculio* á los que habian contraido con el siervo ó hijo de familia, contra el dueño ó el padre de familia para que pagase hasta donde alcanzára el peculio, §. 4. *Inst. e. t.* §. 10. *D. de action.*, deduciendo primero lo que se debia al mismo dueño ó padre, ó á los hermanos que estaban bajo la potestad del mismo padre, *l. 9.* §. 2. 3. *l.* 6. *pr. D. de pecul.*

(1) En cuanto al peculio castrense y cuasi castrense se obliga el hijo lo mismo que si fuera padre de familia, *l.* 18. *D. de castr. pecul.* En cuanto al adventicio, el padre es demandado no con la accion de peculio, sino como legítimo administrador del hijo, *l. 6. y ult. C. de bon. quæ liber.*

1161. Finalmente, la accion de *in rem verso* es tambien de cualidad adyecticia. Todo lo que el hijo ó el siervo gasta necesaria ó útilmente, y que contribuye á aumentar el patrimonio del padre ó del amo, se juzga invertido en obsequio de éstos, *l.* 3. §. 1. 2. *sig. D. de in rem vers.*

1162. Siendo contrario á la equidad que uno se haga mas rico con detrimento de otro, el pretor dá á los que contraen con el hijo de familia ó con el siervo accion de *in rem verso* contra el padre ó el amo, para que paguen todo lo que se haya invertido en su utilidad, §. 4. *Inst. e. t. l.* 1. *pr.* §. 4. *D. de in rem vers.*

1163. Hasta aquí hemos tratado de los efectos comunes al contrato celebrado con el siervo ó con el hijo de familia. Acerca de éste se establecieron ciertas disposiciones por el senadoconsulto *Macedoniano*. Hubo en Roma un usurero detestable llamado *Macedon*, que prestaba dinero á los hijos de familia á un interes muy subido, quienes lo empleaban en fomentar sus vicios y desórdenes. A vista de ellos, el senado mandó en tiempo del emperador Claudio (1), (*Tácit. Anal. lib.* 2. *cap.* 12.), *que ninguno prestase dinero al hijo de familia, ni que tuviese contra él accion aun despues de la muerte del padre bajo cuya potestad estaba*, pues de este modo sabrian los usureros que no les quedaba recurso aun cuando llegase este evento, *l.* 1. *pr. D. de SC. Maced.*

(1) Si Macedon fue un hijo de familia, ó un usurero que prestaba dinero, y en qué tiempo se publicó este senadoconsulto, son puntos que hemos discutido en las *Pand. Part.* 3. §. 168. *y sig.*

1164. De aquí nacen los siguientes axiomas: 1.° este senadoconsulto no se hizo tanto en favor del hijo que recibia el dinero, cuanto en beneficio del padre y odio de los usureros: 2.° este senadoconsulto dá escepcion, pero no accion: 3.° este senadoconsulto solamente pertenece al dinero prestado en detrimento del padre, mas no á las cosas fungibles ni á otros contratos, *l.* 3. §. 3. *l.* 7. §. 3. *D. l.* 3. *C. de SC. Maced.*

1165. Del primero se sigue, que el hijo no puede renunciar á esta escepcion, *l.* 29. *C. de pact. l.* 40. *D. de condict. indeb.* Que el padre puede renunciarlo espresamente, en cuyo caso tiene lugar la accion *quod jussu*, ó tácitamente, reconociendo ó pagando la deuda, *l.* 13. *D. l.* 2. *C. de SC. Maced.* Que no tiene lugar la escepcion, si el dinero se invierte en utilidad del padre, *l.* 7. §. 12. *D. lug. cit.* Que el hijo queda obligado si tiene peculio castrense ó cuasi castrense, *l.* 1. §. 3. *l.* 2. *D. e. t.* Tampoco tiene lugar si el hijo de familia mintiere diciendo que es padre de familia, *l.* 1. *C. lug. cit.*, ó si el acreedor ignorare que es hijo de familia, *l. penult. D. e. t.* Que los mayores de edad no pueden oponer este senadoconsulto al menor ó al pupilo, *l.* 3. §. 2. *D. de SC. Maced.*

1166. Del segundo principio se deduce, que si el hijo ó el padre paga, no puede repetir como indebido lo que pagó, *l.* 40. *D. de condict. indeb. l.* 10. *D. de SC. Maced.*

1167. Finalmente, del tercero se infiere que esta escepcion cesa si el dinero se ha prestado para cosas útiles, v. gr. para los estudios, con tal que haya sido una canti-

dad moderada, *l.* 7. §. 13. *D. lug. cit.* Tambien cesa si no es dinero lo que se ha dado en mutuo; pero es menester que esto no se haya hecho en fraude del senadoconsulto (1), *l.* 7. §. 3. *D. lug. cit.*

(1) Esto acontece en el contrato bárbaramente llamado *mohatra*, el cual consiste en que uno dé al que necesita dinero ciertas mercaderías á precio muy subido, para que las venda despues á un precio muy bajo, y consiga de este modo el dinero, *Valer. Diff. utriusque fori tit. negotiatio diff.* 2. *Strik. Caut. contr. secc.* 2. *cap.* 1. §. 31. Este contrato se inventó no solo para paliar las usuras, sino tambien para eludir el senadoconsulto Macedoniano.

TÍTULO VIII.

Acciones noxales.

1168. Las acciones esplicadas en el título anterior pertenecen á los *contratos* celebrados con el hijo de familia ó con el siervo. Ni el padre ni el amo se obligan por *delito* ó *cuasi delito* del hijo ó del siervo. Sin embargo, antiguamente pudo procederse noxalmente contra ambos (§. 131.); mas por derecho nuevo esta accion solo se dá contra los amos en los delitos privados (1) de los siervos.

(1) Si éstos son públicos, se castiga al mismo siervo, *l.* 4. *C. de noxal. act. l.* 2. *C. de accus.*, y no puede libertarse de la pena, aunque el amo ofrezca pagar el daño, *l.* 17. §. 18. *D. de edict. l.* 200. *D. de verb. sign.*

1169. Se llama *noxia* el *daño causado por cualquier delito privado ó cuasi delito del esclavo*; y el mismo cuerpo que infiere el daño, esto es, el esclavo, se dice *noxa*, §. 1. *Inst. e. t.* Accion *noxal* es *aquella por la cual se pide al amo ó la estimacion del daño, ó la entrega del siervo*, *pr. Inst. y l.* 1. *pr. D. e. t.*

1170. Naciendo esta accion de cualquier delito privado ó cuasi delito, se sigue que sea de cualidad *adyecticia*, y que haya tantas especies de ella, cuantos son los delitos

privados ó cuasi delitos. De aquí es que se dan acciones noxales de *hurto*, de *bienes robados*, de la ley *Aquilia*, de *injurias*, de *lo arrojado y derramado*, &c.

1171. Dándose alternativamente ó para resarcir el daño ó para entregar la noxa, se infiere que estas acciones sean *in rem scriptæ*, y que por lo tanto, se establezcan contra el amo actual, aunque el siervo haya cometido el daño perteneciendo á otro dueño, §. 5. *Inst. e. t.* Que manumitido el siervo despues del delito, se proceda contra él, pues cesa la accion noxal, *l.* 4. *C. an. serv. pro suo fac. l.* 15. *D. de condict. furt.*; la que tambien se estingue si el siervo muriere antes de haberse contestado el pleito, *l.* 1. *l.* 2. *D. si ex nox. caus. l.* 69. *D. de verb. oblig.*

1172. Por tanto, la accion noxal se dá á los que han sido dañados por delito privado ó cuasi delito del siervo, contra el amo ó cualquier poseedor del siervo, para que ó resarza el daño, ó entregue el siervo como noxa, *pr. Inst. e. t.*

1173. Lo mismo sucedió antiguamente respecto de los delitos cometidos por los hijos de familia, quienes podian ser entregados por el padre como noxas (§. 131.), quedándoles salvo el derecho de ingenuidad, á pesar de ser manumitidos, *Collat. leg. Mos. y Rom. tit.* 2. §. 3. Pero esto se alteró por derecho moderno; y así hoy el padre no es perseguido ni directa ni noxalmente por el delito privado del hijo, §. *ult. Inst. e. t.*, sino que se procede contra el mismo hijo, y condenado que sea se dá accion contra el padre para que pague con el peculio (1), *l.* 3. §. 11. *D. de pecul. l.* 33. 34. 35. *D. e. t.*

(1) La razon de esto la hemos esplicado en la nota del §. 1064.

TÍTULO IX.

Pauperie causada por los cuadrúpedos.

1174. Así como los hombres libres infieren *daño*, y los siervos (y antiguamente los hijos de familia) causan *noxia*, así tambien se dice que los cuadrúpedos hacen *pauperie*. Llámase *pauperie* el *daño causado sin malicia de parte del que lo comete* (nota al §. 34.), *l.* 1. §. 3. *D. e. t.*

1175. Como los antiguos pensaron que los animales vivian segun la naturaleza comun, y que haciendo esto obraban segun el derecho natural (§. 34.), digeron que se comete pauperie cuando el cuadrúpedo sin ser provocado causa espontáneamente el daño contra su naturaleza (1), *pr. Inst. l.* 1. §. 4. *D. e. t.*, pues entonces se juzga que cuasi delinque. Lo contrario sucede si infiere el daño, siguiendo el impulso de su naturaleza, v. gr. destrozando el pasto, *l.* 14. §. *ult. D. de præscript. verb.*

(1) Por tanto, si una fiera causaba daño, no se concedia accion de pauperie, porque lo cometia segun su propia naturaleza, como dice Quintiliano. Sin embargo, en este caso se daba accion útil de pauperie, la cual se concede tambien aunque el animal que causa el daño no sea cuadrúpedo, *l.* 4. *D. e. t.*

1176. Por tanto, si el cuadrúpedo causare el daño contra la naturaleza de su especie sin ser instigado ni provocado, se dá accion noxal *in rem scripta de pauperie* á aquel á quien interesa y á su heredero, contra el que es dueño del cuadrúpedo al tiempo de contestar el pleito, para que ó resarza el daño causado, ó entregue el animal como noxa, *pr. Inst. l.* 1. *pr. l.* 3. *D. e. t.* Si falsamente niega que el animal es suyo, es condenado á pagar todo el daño, *l.* 1. §. 15. *D. e. t.*

1177. Cuando el animal cometia la pauperie instigado por alguno, se daba contra el instigador la accion de la ley *Aquilia*, *l.* 1. §. 4. *sig. D. e. t.*

1178. Si el animal causaba el daño destrozando el pasto, entonces se concedia la accion *in factum de pasto de ganados*, *l.* 14. §. *ult. D. de præscript. verb.*, la que parece que tambien fue noxal, *Paul. Sent. recib. lib.* 1. *tit.* 15. §. 1. Si el amo llevaba la bestia al pasto, tenia lugar la accion de la ley *Aquilia*, *l. ult. C. de leg. Aquil.*, porque el daño se cometia entonces injustamente, *Juven. Sat.* 14. *v.* 151.

1179. Por último, el que pone un berraco, un jabalí, ó un perro junto al camino por donde pasa la gente, debe pagar al ofendido el duplo del daño si es estimable. Si se matare á un hombre libre, la pena serán doscientos sólidos; pero si solamente se le dañare, se le pagará en virtud del edicto edilicio lo que el juez tenga por conveniente, §. 1. *Inst. e. t. l.* 42. *D. de ædilit. edict.*

TÍTULO X.

Procuradores.

1180. Como segun los principios del formulario antiguo jurídico todas las acciones eran acciones de la ley, *l.* 2. §. 6. *D. de orig. jur.*, las cuales no podian practicarse por medio de otro, *l.* 123. *D. de reg. jur.*; y como nadie podia, segun derecho romano, adquirir para un tercero, á menos que estuviese bajo su potestad, §. 5. *Inst. per quas pers. cuiq. adquir.*, infirieron los antiguos que nadie podia ser actor por otro, ni oponer escepcion, *pr. Inst. e. t.*

1181. Por tanto, antiguamente no se admitia ningun procurador (1), á no ser que fuese por el pueblo, por la libertad (*Liv. lib.* 3. *cap.* 45.), por el pupilo, ó segun la ley *Hostilia* por aquel contra quien se hubiese cometido hurto estando cautivo, ó ausente en servicio de la patria, ó tambien por el que estuviese bajo la tutela de alguno de éstos, *pr. Inst. e. t.*

(1) De aquí la cruelísima ley de las doce tablas que mandó: *que si*

el enfermo, el anciano ó el que padece achaques habituales fuere llamado á juicio, vaya en un jumento, y si no quisiere, se le conduzca en una litera, *Gel. lib.* 20. *cap.* 1. Por esta razon no se admitia procurador cuando la enfermedad era fingida.

1182. Habiéndose considerado los perjuicios que resultaban de aquí, los antiguos jurisconsultos inventaron razones para que, salvando lo dicho en el párrafo anterior, pudieran admitirse procuradores en otras causas. Por esto fingieron que el *procurador se hace amo del pleito*, *l.* 4. §. 3. *D. de alien. jud. mut. caus. fact. l.* 4. §. *ult. D. de adpell. l.* 22. *l.* 23. *C. de procur. l.* 11. §. 3. *D. de except. dol. mal.*

1183. Ordinariamente (1) se fingía que el dominio del pleito se adquiria por la contestacion, *l.* 4. §. *ult. D. de adpell.*; pero era menester que precediese mandato, *l.* 1. *pr. D. de procur.* Éste se consideraba como la causa ó el título, y la contestacion del pleito como la ocupacion, pues el dueño mandaba que el procurador ocupase el dominio del pleito, y el procurador lo ocupaba por la contestacion de él, *l.* 32. D. *de procur.* De aquí fue que la sentencia se pronunciaba contra el procurador, *l. un. C. de satisdat.*, y que la accion de cosa juzgada se establecia contra él ó contra el mandante; bien que se le daba escepcion para repelerla, procediéndose solamente contra el principal, *l.* 28. *D. de procur.*

(1) Estraordinariamente y sin mandato se adquiria tambien el dominio del pleito, dando satisdacion *de rato y de estar á lo juzgado*, *l.* 40. §. *ult. D. de procurat.* Pero en este caso el que se hacia cargo del pleito en nombre ageno no se llamaba procurador, sino *defensor*, *l.* 46. §. 2. *l.* 76. *D. de procurat.*

1184. Por tanto, *procurador es el que se hace cargo de negocios judiciales ó pleitos agenos por mandato del amo*, *l.* 1. *pr. l.* 33. *pr.* §. 1. *D. de procurat.*

1185. Como el dominio del pleito se debia transferir á los procuradores, fue consiguiente que solo pudiesen constituirse por los amos (1), *l.* 1. *pr. D. e. t.*, que tenian libre

administracion de sus bienes. Por esto es que los furiosos, mentecatos, infantes, sordos, mudos, &c., no pueden nombrar procurador.

(1) De aquí se infiere la razon por qué los tutores y curadores no pueden nombrar *procuradores* antes de la contestacion del pleito, sino solamente *actores*, y por qué si pueden nombrarlos despues de ella.

1186. De aquí aparece tambien que pueden ser procuradores los que pueden adquirir dominio, y presentarse fácilmente en el foro. Por esto no pueden serlo los furiosos, mentecatos, infantes, *l.* 2. §. 1. *D. de procur.*, mugeres, *l.* 54. *D. lug. cit.*, militares, *l.* 1. §. 2. *D. lug. cit.*, menores de diez y siete años, *l.* 13. *D. de manumiss. vind.* §. 5. *Inst. qui et ex quib. caus.*, siervos é infames, si la infamia es notoria, §. *ult. Inst. de except.*

1187. Tambien es claro que pueden admitirse procuradores en todas las causas civiles, *pr. Inst. e. t. l.* 1. *D. de procurat.*; pero no en las criminales, *l. penult.* §. 1. *D. de publ. jud.*, á no ser que el reo haya contestado el pleito, y pueda imponerse pena al ausente, *l.* 10. *D. lug. cit. l.* 33. §. 3. *D. de proc.*

1188. Como este dominio es fingido, se deduce que el oficio de procurador se estingue por el mutuo disenso, §. *ult. Inst. quib. mod. toll. oblig.*, por la revocacion del mandante antes de contestar el pleito (porque despues de ella se necesita de conocimiento de causa, segun digimos en el §. 1183. *l.* 17. *sig. D. e. t.*), por la renuncia del procurador hecha en tiempo legítimo, §. 11. *Inst. de mand.*, pero no por la muerte del amo ó del procurador, *l.* 23. *C. de procur.*, á pesar de que por ella se estinguen los demas mandatos, §. 10. *Inst. mand.*

TÍTULO XI.

Satisdaciones.

1189. Interesando á los litigantes que los juicios no sean ilusorios, mutuamente se exigen cauciones.

1190. *Caucion* es la *seguridad que una parte presta á su contrario.* Es *fideyusoria* (la que tambien se llama *satisdacion*), *pignoraticia, juratoria, y nudamente promisoria*, *Rubr. tit. D. qui satisdar. cog. vel jurat. promitt. vel suæ promiss. comm. l. 1. §. 9. D. de collat. bon. §. 2. Inst. est. tit.*

1191. Comunmente se cauciona por medio de *fiadores.* Las *prendas* tambien se admiten, si es cierta la estimacion de la cosa. Prometen con *juramento* las personas ilustres, *l. 17. C. de dign.*, los de una vida arreglada que no pueden encontrar prendas ni fiadores idóneos, *Arg. Nov. 112. cap. 2.*, y antiguamente los poseedores de cosas inmuebles, *l. 26. §. 6. C. de episc. aud. l. ult. C. de sportul. l. ult. C. de princ. agent. in reb.* Finalmente, hoy segun la opinion recibida en el foro, se descansa en la promesa de los poseedores de cosas inmuebles, *l. 15. pr. D. qui satisdar. cog.*, cuya disposicion se estiende al fisco, al estado, *l. 1. §. 18. l. 6. §. 1. D. ut legat. vel fideic. serv. caus. cav.*, y tambien á los clérigos, *l. 25. §. 1. l. 33. §. 3. C. de episc. et cleric.*

1192. Por derecho nuevo, aunque el reo sea demandado con accion real ó personal, no presta caucion de estar á lo juzgado, sino solamente de comparecer en juicio, y de asistir á él hasta su conclusion, *§. 2. Inst. e. t.*

1293. El *actor* cauciona que si dentro de dos meses contados desde la presentacion del libelo no contestare y siguiere el pleito hasta el fin, pagará el duplo; y si lo perdiere, restituirá con el nombre de impensas la décima parte de la cantidad contenida en el libelo, *Nov. 96. cap. 1.*

1194. El procurador del *reo presente* no cauciona por sí; pero el reo puede dar caucion judicial ó estrajudicial de que estará á lo juzgado, y de que *comparecerá en juicio al*

tiempo de pronunciar la sentencia, *§. 4. Inst. e. t.* El procurador, ó mas bien el defensor del *reo ausente*, está obligado á caucionar que *pagará lo juzgado*, *§. 5. Inst. lug. cit.*

1195. El procurador del *actor* que tiene poder bastante, no cauciona, *l. 1. C. de procurat.*; mas si carece de él, no se admite, aunque ofrezca satisdar, *l. 1. l. 24. C. de procurat.* Si el poder es defectuoso, ó si una persona conjunta obra por otra, el procurador de todos los bienes por el dueño, el tutor por el pupilo, ó el curador por el menor, entonces debe dar fianza de que *el señor aprobará lo hecho*, *§. 3. Inst. e. t. l. 1. C. 1. 35. l. 40. §. ult. D. de procurat.*

TÍTULO XII.

Acciones perpetuas y temporales que pasan á los herederos y contra los herederos.

1196. Considerándose que los derechos y las acciones estan en nuestros bienes, infirieron los antiguos que así como el dominio de las cosas corporales y los demas derechos espiran con el tiempo, así tambien terminan las acciones, máxime cuando interesa al estado que los pleitos no sean perdurables.

1197. Espirando unas acciones mas tarde, y otras mas temprano, unas se llaman *perpetuas*, y otras *temporales. Perpetuas* son las que duran treinta años, ó á lo menos un tiempo largo (1), *l. 3. C. de præscr. trigint. ann. Temporales* son las que espiran mas pronto.

(1) Antiguamente las acciones civiles eran perpetuas; mas hoy solamente se llaman así si duran treinta años á lo menos, *l. 1. §. 1. C. de ann. except.*, pues este término era una generacion entre los antiguos, y así se llamó perpetuo lo que duraba treinta años. Son palabras de la Glosa Númica: *llámase perpetuo, no solamente lo que dura treinta años, sino tambien por toda la vida del hombre.* Hemos añadido *ó á lo menos un tiempo largo*, porque las acciones reales se llaman perpetuas en nuestro derecho.

1198. Acerca de unas y otras se establecen las reglas

siguientes: 1.ª *las acciones reales duran tanto tiempo, cuanto el derecho en la cosa de que nacen; de otra suerte duran treinta años*, *l. penult. C. de præscr. long. temp.* De aquí es, que la *vindicacion* de las cosas muebles espira despues de tres años, y la de las inmuebles despues de diez entre presentes, y veinte entre ausentes; á no ser que el vicio de la cosa poseida, la mala fé del poseedor ó de la persona contra quien se prescribe, y la edad, impidan la usucapion, pues entonces se prescribe la vindicacion de la cosa á los treinta años; ó despues de cuarenta, si las iglesias, las ciudades ó el fisco vindican sus cosas, *Auth. quas actiones C. de SS. Eccles.* Lo mismo sucede si se hubiere contestado el pleito, *l. ult. C. de præscr. trigint. vel quadrag. annor.*

1199. Las acciones *confesoria* y *negatoria* se usucapen por el tiempo ordinario, pues las servidumbres se prescriben á los diez años entre presentes y veinte entre ausentes.

1200. El derecho de hipoteca se prescribe tambien á los diez años entre presentes y veinte entre ausentes, si la cosa hubiere llegado al tercer poseedor con buena fé y justo título, *l. 1. §. 2. C. si adv. cred.*; á los treinta años, si el tercero poseyere de mala fé, *l. 7. pr. D. de præscript. trig. ann.*, y á los cuarenta, si poseyere el mismo deudor, *l. 1. §. 1. C. de ann. except.*, en cuyo caso dura todavía la accion *hipotecaria*.

1201. Solamente las acciones que nacen del derecho hereditario son de diversa naturaleza, pues la *peticion de la herencia*, como accion mista que es, se prescribe á los treinta años, *l. 7. C. de pet. hær. l. 3. C. in quib. caus. ces. long. temp. præscr.*; mientras que la *querella de inoficioso*, como odiosa, se prescribe á los cinco.

1202. Lo que hemos dicho en la regla primera se debe entender tambien respecto de las acciones *in rem scriptæ*, porque imitan la naturaleza de las reales. La accion *quod metus causa* que se daba en el simplo, se prescribe por largo tiempo si el poseedor tiene buena fé y justo título, *l. 3. C. de his quæ vi met. caus.*

1203. 2.ª Regla. *Las acciones personales persecutorias de*

la cosa, civiles y pretorias, son perpetuas, y por lo mismo duran treinta años. Esceptúase: 1.° la accion personal con que se reclama la servidumbre prometida, pues imita á las acciones reales y no acaba sino despues de haber pasado diez ó veinte años sin haberla establecido, *l. penult. C. de usufr. l. 13. C. de servit.*: 2.° las acciones de las iglesias, de las ciudades, del fisco que duran cuarenta años, y las honorarias que se dirigen á rescindir los actos, las cuales son temporales. Así, la accion Pauliana dura un año útil, *l. 1. §. ult. l. 10. §. 18. D. quæ in fraud. cred.*, las demas restituciones cuatro años, *l. ult. C. de temp. in int. rest.*, la accion redibitoria seis meses, y la de quanti minoris un año, *l. 38. pr. D. de ædilit. edict.*

1204. 3.ª *Todas las acciones penales que nacen de delitos privados si son civiles, son perpetuas; y si pretorias, son anuales.* Esceptúase: 1.° la accion de *hurto manifiesto*, que aunque establecida por el pretor, es perpetua, *pr. Inst. e. t.*, pues fue introducida á egemplo de la ley de las doce tablas: 2.° la accion de hurto contra los marineros, taberneros y mesoneros: y 3.° la accion de *los árboles furtivamente cortados*; todas las cuales son perpetuas á pesar de ser pretorias, *l. ult. D. naut. caup. stab. l. 1. §. 6. 7. de arb. furt. cæs.*: 4.° la accion *del depósito miserable*, *l. 18. D. depos.*: 5.° la del *siervo corrompido*, *l. 13. D. de serv. corr.*: 6.° la de *effussis et dejectis*, á no ser que se trate del homicidio de un hombre libre, en cuyo caso la accion es anual, *l. 5. §. 5. D. de his qui effud. vel dejec.*: 7.° la accion de dolo es bienal, y no se perpetúa aun cuando se conteste el pleito, *l. ult. C. de dol. mal.*

1205. 4.ª *Las acciones criminales comunmente son de veinte años*, *l. 12. C. ad l. Corn. de falsis.* Esta regla no tiene lugar cuando se continúa el crimen, porque entonces la acusacion es perpetua, *l. 4. C. de apost.*, ni tampoco en el adulterio, *l. 29. §. 5. sig. ad leg. Jul. de adult.*, en el peculado, *l. 7. D. ad leg. Jul. peculat.*, ni en las acciones que nacen del senadóconsulto *Silaniano*, pues se prescriben á los cinco años, *l. 13. D. ad SC. Silanian.*

1206. Por la misma razon numerándose las acciones entre los bienes, se dan tambien en parte á los herederos y contra los herederos. Dícese en parte, y de aquí nacen los siguientes axiomas: 1.° *todas las acciones persecutorias de la cosa y penales se dan tambien á los herederos, á no ser que esten reducidas á mera vindicta, ó no interesen al actor en particular.* Esto manifiesta la razon por que las acciones de injuria, de testamento inoficioso, de calumniadores, de revocar la donacion por ingratitud, y todas las populares, no competen á los herederos, *l.* 5. §. 5. *D. de his qui effud.*

1207. 2.° *Todas las acciones persecutorias de la cosa se dan contra los herederos aunque provengan de delito*, §. 1. *Inst. e. t.* Sirven de egemplo la *condicion furtiva*, la cual se dá contra los herederos, y la accion de *cosas quitadas*, bien que algunos niegan que aquélla nace de delito. La verdad de este axioma tambien se prueba con el §. 9. *Inst. de leg. Aquil.*, en donde manda Justiniano que aunque la accion de la ley Aquilia nazca de delito, *se establezca contra los herederos si solamente se dirige á reclamar los daños*, esto es, si es persecutoria de la cosa.

1208. 3.° Las acciones penales, ya provengan de delito, ya de contrato, se dan á los herederos, mas no contra ellos, á no ser que el pleito haya sido contestado por los mismos delincuentes, §. 1. *Inst. est. tit. l.* 26. *y* 58. *D. de obl. et act. l.* 164. *D. de reg. jur.*

TÍTULO XIII.

Escepciones.

1209. Así como interesa al *actor* reclamar en juicio su derecho, así toca al *reo* defenderse negando el fundamento de la accion, ó confesando la causa, pero oponiendo alguna *escepcion.*

1210. La *escepcion* tomada en un sentido lato *es toda alegacion ó defensa del reo, por la cual se elude la intencion*

del actor ipso jure, ó por equidad, *l.* 2. §. 1. *l.* 15. *D. est. tit.* Pero si se toma en un sentido estricto, es la *esclusion de la accion que compete por estricto derecho*, *pr. Inst. est. tit. l.* 2. *pr. D. est. tit. l.* 12. *D. de dol. mal. et met. exc.* Por tanto, no son verdaderas escepciones aquellas que escluyen la accion *ipso jure*, como las de solucion y de compensacion, aunque en el foro se les dé hoy este nombre, y se llamen por los doctores *escepciones de hecho.*

1211. Son *civiles las que nacen del derecho civil*, *pretorias las que del pretor*, §. 7. *Inst. e. t.* Entre aquéllas se cuentan las escepciones del senadoconsulto *Macedoniano*, *Veleyano*, *de non numerata pecunia*, *y la de prescripcion*; entre éstas las escepciones de dolo malo, de pacto, de *jurejurando*, y *quod metus causa.*

1212. Ademas unas son *perpetuas* y *perentorias*, y otras *temporales* y *dilatorias.* Aquéllas siempre obstan al actor (1), y siempre acaban el negocio de que se trata, §. 9. *Inst. e. t.*, como son todas las enumeradas en el párrafo anterior. Éstas dañan hasta cierto tiempo, y demoran el pleito, §. 10. *Inst. e. t.*, ya por la persona y jurisdiccion del juez, ya por inhabilidad del actor ó procurador, ya por el modo de proceder, y ya por el mérito de la causa; tales son las escepciones de prescripcion de foro, de juez sospechoso, de ferias, de libelo obscuro, de caucion, y de peticion antes de llegar el dia.

(1) Ciertas escepciones se dicen *perpetuas*, porque nunca se prescriben aunque otras derivadas de la misma causa sean temporales, como la escepcion de dolo, que es perpetua siendo bienal la accion de dolo. Tales son tambien todas las ordinarias, porque el reo no puede escepcionarse sino despues de haberse establecido la accion contra él, *l.* 5. §. *ult. D. de dol. mal. et met. except.* Por el contrario, son temporales en este sentido las que espiran dentro de cierto tiempo; tales son las que pueden proponerse á manera de accion, como la escepcion *non numeratæ pecuniæ*, que es bienal, *l.* 4. *C. de non num. pec.*, la escepcion de dote no entregada; y la querella de testamento inoficioso, *l.* 8. §. 14. *D. de inoff. test.*

1213. Finalmente, hay ciertas escepciones reales que

son inherentes á la cosa, y por lo mismo aprovechan á los herederos y fiadores como las demas perentorias; otras son *personales*, porque no pasan de la persona, como las escepciones de competencia y del pacto personal de no pedir, *l.* 22. *l.* 35. §. 1. *D. de pact.*

1214. Las escepciones *dilatorias* se han de oponer antes de contestar el pleito, *l. penult. y ult. C. e. t.*, á no ser que pertenezcan á la substancia del juicio, y lo hagan nulo despues, *l.* 24. *C. de procur.*, ó nazcan, ó lleguen á noticia del reo despues de contestado el pleito, *l.* 4. *D. e. t.* Es singular el privilegio de la escepcion de juez incompetente, *l. ult. C. si à non comp. jud.*, y el de las acciones que se han de ceder, *l.* 41. §. 1. *D. de fideicom.*, las cuales pueden oponerse despues de la sentencia.

1215. Las perentorias pueden oponerse en los juicios de *buena fé* en cualquier estado del pleito; mas en los de estricto derecho se han de alegar antes de la contestacion del pleito, y probar despues de ella, *l.* 8. *C. e. t. l.* 9. *C. de præscr. long. temp.* Esceptúanse sin embargo aquellas que impiden la entrada del pleito, pues se han de alegar y probar antes de su contestacion, y tambien las escepciones del senadoconsulto *Veleyano* y *Macedoniano* que se pueden oponer aun despues de la sentencia, *l.* 11. *D. ad SC. Vellejan.*

TÍTULO XIV.

Replicaciones.

1216. Así como el reo elude con su escepcion la intencion del actor, así éste invalida la escepcion del reo con nueva alegacion, que se llama *réplica*, *pr. Inst. e. t.* Mas como puede suceder que la réplica que á primera vista pareció justa se eluda con nueva alegacion del reo, ésta se llama entonces *dúplica*, §. 1. *Inst. lug. cit.*

1217. En ciertos foros se concede al actor la *triplicacion*, y al reo la *cuadriplicacion*, §. 2. *Inst. e. t.*, y aun se

admiten alegaciones ulteriores. Pero no se debe permitir esto en los juicios bien establecidos sin que haya justa causa; antes al contrario, se compele á las partes á que en la réplica y en la dúplica concluyan para sentencia; y si no lo hacen, el juez de oficio dá la causa por concluida. La última alegacion compete al reo, cuyo uso confirman así la justicia como la práctica forense.

TÍTULO XV.

Interdictos.

1218. Bienaventurados se llaman en derecho los poseedores, porque estan exentos de manifestar y probar el título, *l.* 11. *C. de pet. hær. y l.* 28. *C. de rei vind.*, porque si tienen buena fé hacen suyos ciertos frutos, (§. 349. *y sig.*), porque retienen la cosa mientras el contrario no pruebe que es suya, §. 4. *Inst. e. t.*, porque se defienden en la posesion aun por autoridad privada, *l.* 1. *C. unde vi*, y lanzados de ella pueden inmediatamente lanzar á su vez al contrario, *l.* 3. §. 9. *l.* 17. *D. de vi et vi arm.*, y finalmente porque gozan del derecho de que en circunstancias iguales es mejor la condicion de ellos, *l.* 2. §. 9. *D. uti possid.*, resultando de aquí que en caso de duda la sentencia se pronuncia en su favor, *l.* 125. *l.* 128. *D. de reg. jur.*

1219. Para evitar los desórdenes que resultarian de los pleitos sobre posesion, se establecieron los *interdictos*, que fueron por derecho antiguo *ciertas fórmulas de palabras, por las cuales el pretor mandaba ó prohibia hacer alguna cosa en la causa de verdadera ó cuasi posesion*, *pr. Inst. e. t.* Mas por derecho nuevo son *acciones estraordinarias, por las cuales se trata sumaria y principalmente de la verdadera ó cuasi posesion*, *pr.* §. *ult. Inst. e. t. l.* 2. §. 2. *D. e. t.*

1220. La *posesion* hablando en general, es la detencion de la cosa, *l.* 1. *pr.* §. 1. *D. de adquir. vel amitt. poss. l.* 9. *D. de rei vind.*, pero se divide en *natural* y *civil*. La

natural es la que consiste ó en la nuda retencion, ó la que á lo menos no está acompañada de la justa intencion de adquirir la cosa, *l. 12. pr. D. lug. cit.* La *civil* es aquella por la cual detenemos una cosa en que tenemos derecho, ó que poseemos con ánimo de hacerla nuestra, *l. 1. §. 9. D. de vi et vi arm. l. 2. §. 1. D. pro hær.*

1221. Así como los interdictos se conceden principalmente sobre la *posesion civil* tomada lata ó estrictamente, así tambien se han establecido á su egemplo otros que nacen de la *propiedad.*

1222. Estos son: 1.° *prohibitorios*, como los interdictos, *para que no se cometa fuerza contra el que estuviere en posesion, para que no se haga alguna cosa en lugar sagrado, ó en lugar ó camino público*: 2.° *restitutorios*, como el interdicto *unde vi*: 3.° *exhibitorios*, *como los de mostrar el hombre libre, de manifestar el testamento*, acerca de los cuales se encuentran varios títulos en el Digesto. Hay tambien interdictos *mistos*, *l. 1. §. 1. D. e. t.*

1223. Otros son para *alcanzar*, otros para *retener*, y otros para *recobrar* la posesion, §. 2. 3. 4. *Inst. e. t.*

1224. Los interdictos *quorum bonorum*, *quod legatorum*, y *Salviano*, sirven principalmente para alcanzar la posesion, §. 3. *Inst. e. t.*

1225. El interdicto *quorum bonorum* se dá al poseedor de los bienes ó al heredero pretorio, *l. 1. pr. D. quor. bon.*, no contra cualquier poseedor que posee por título singular, sino contra el que posee como heredero ó poseedor (1), para conseguir la posesion de las cosas hereditarias, §. 3. *Inst. e. t. l. 1. pr. D. quor. bon.*

(1) Se dice que posee como heredero (*pro hærede*) el que dice que es heredero; y como poseedor (*pro possessore*) el que sabiendo que la herencia no le pertenece por ningun derecho posee porque posee, §. 3. *Inst. e. t. l.* 11. 12. 13. *D. de hæred. petit.*

1226. Este interdicto se diferencia de la peticion de la herencia en que por ésta reclamamos el derecho de la herencia; por aquél la posesion de ella; por ésta no solo las

cosas corporales, sino tambien los derechos; por aquél las cosas corporales solamente, *l. 2. D. quor. bon. l. 12. l. 19. D. de hær. pet.*

1227. Semejante á este interdicto es el *remedio* de la *l. ult. del C. de edicto dir. Hadr. toll.*, por el cual el heredero nombrado en testamento pide por derecho que se le ponga en posesion, si el testamento no adolece de algun vicio manifiesto.

1228. El otro interdicto *quod legatorum* se dá al heredero ó al poseedor de los bienes que dió satisdacion, *l. 1. §. 16. D. quod legat.*, y se establece contra el legatario que ocupó la cosa legada sin voluntad del heredero, para que la restituya, á fin de que pueda sustraerse la cuarta Falcidia, ó sea condenado en lo que interese, *l. 1. §. 2. D. l. un. C. quod legat.* Aunque el legatario adquiere el dominio del legado específico sin necesidad de entrega, no sucede lo mismo respecto de la posesion.

1229. El interdicto *Salviano* se dá al dueño del fundo contra el colono para conseguir la posesion de las cosas del colono dadas en prenda por la renta que se ha de pagar, §. 3. *Inst. e. t. l. 1. D. de Salv. interd.* El *cuasi Salviano* se concede á todos los acreedores contra el poseedor de la cosa que les está obligada para conseguir la posesion de ella, *l. 1. §. D. lug. cit.*

1230. Por tanto, estos interdictos se diferencian de las acciones Serviana y cuasi Serviana, casi del mismo modo que el edicto *quorum bonorum* de la peticion de la herencia, (§. 1226.); escepto que en las acciones Serviana y cuasi Serviana se ha de probar que la cosa está en los bienes del deudor, *l. 15. §. 1. D. de pign.*, mas en los interdictos Salviano y cuasi Salviano, que ha sido llevada al fundo, *l. 1. pr. D. §. 1. sig. l. 2. D. de Salv. interdict.* Aquellas acciones se dan contra cualquier poseedor, mas este interdicto se dá directamente contra el colono, *l. 1. C. de precar.*

1231. Los interdictos de retener la posesion son *uti possidetis y utrubi*, §. 4. *Inst. e. t.*

1232. El interdicto *uti possidetis* compete al que ni por

fuerza, ni *clandestinamente*, ni por *precario* posee la cosa inmueble al tiempo de contestado el pleito, *l.* 1. §. 8. 9. *D. uti possid.*, y se establece contra el que le turba en la posesion de ella, para que desista y dé caucion de no molestarle en lo futuro, pagando al mismo tiempo los perjuicios, *l.* 1. §. 4. 6. *D. l. un. C. uti possid.*

1233. Por el contrario, el interdicto *utrubi* se dá al que ni por fuerza, ni clandestinamente, ni por precario posee la cosa mueble al tiempo de contestado el pleito, *l. un.* §. 1. *D. utrubi y* §. 4. *Inst. e. t.*, contra el que le inquieta, para que desista y dé caucion de no molestarle en lo futuro, y pague los perjuicios.

1234. El interdicto *unde vi* sirve para recuperar la posesion, y compete á aquel que por fuerza es lanzado de la posesion de una cosa inmueble, y tambien á su heredero, *l.* 1. §. 44. *D. de vi et vi arm.*, contra el que le espelió de ella, mas no contra su heredero, escepto en la parte que le tocó, *l.* 1. §. *ult. l.* 2. *D. l.* 2. *C. lug. cit.*, para que restituya la posesion con todos los frutos y utilidades; resarza todos los daños causados, §. 6. *Inst. e. t.*, y si hubiere dejado de poseer, pague los perjuicios que resulten, *l.* 15. *D. lug. cit.*

1235. Por último, hay unos interdictos *simples*, en los que fácilmente aparece quién posee, y quién es reo, v. gr. *quorum bonorum*, *quod legatorum*, *Salviano*, *unde vi*. Hay otros que son *dobles*, en los cuales ambas partes pueden ser actor y reo; tales son los interdictos *uti possidetis* y *utrubi*, *l.* 2. *pr. D.* §. *ult. Inst. e. t.*

1236. La naturaleza de todos los interdictos es que son contra la persona, que no nacen de derecho en la cosa, sino á la cosa, *l.* 1. §. 3. *D. de interd.*, y que se procede en ellos sin aparato de juicio.

1237. Estos remedios se dividen en *sumario* y *ordinario*, y se diferencian: 1.° en que en el *sumario* se trata de la *posesion novísima* y *momentánea*; en el *ordinario* de la *mas antigua*; por cuya razon, vencido uno en el sumario, todavía le queda á salvo el ordinario: 2.° que en aquél no se disputa si alguno posee por fuerza, ocultamente, ó por precario, sino si posee pacíficamente; mas en éste se atiende á la cualidad de la posesion: 3.° que en aquél se procede sin guardar el órden de derecho y sin estrépito de juicio; en éste, guardando el órden jurídico y con el mas pleno conocimiento de la causa. El *posesorio* se opone al *petitorio*, pero no se puede establecer sino despues de concluido aquél, *l.* 18. §. 1. *D. de vi*, *cap. significaverunt* 36. *X. de test. et attestat.*

TÍTULO XVI.

Pena de los litigantes temerarios.

1238. Entiéndese aquí por *pena* de los *litigantes temerarios* los *medios de refrenar la temeridad de los litigantes. Huber. Præl. á la Inst. e. t.* Esta temeridad se refrena con el *juramento de calumnia*, *con la pena pecuniaria*, y con la *infamia*, *pr. Inst. e. t.*

1239. El juramento de *calumnia*, por el cual las partes y los abogados juran que tienen por justa la causa, es ó *general*, ó *especial*. El *reo*, el *actor* y el *abogado* prestan el *general*: el *reo* jura que tiene su causa por justa, que no negará temerariamente, y que no diferirá el pleito: el *actor* que establece su accion no con ánimo de calumniar y vejar, sino porque cree que su causa es justa, y que no usará de pruebas falsas; finalmente, el *abogado* que considera ser justa la causa de su cliente, y que no le patrocinará, si se persuade de lo contrario, *l.* 2. *C. de jurejur. propter calumn. l.* 14. §. 1. *C. de judic. Nov.* 49. *cap.* 3.

1240. Todos los litigantes deben prestar este juramento, escepto los padres y patronos, *l.* 16. *D. de jurejur. y l.* 34. §. 4. *D. lug. cit.* Se debe prestar en todas las causas, menos en las criminales en que hay sospechas muy fundadas de que el reo cometa perjurio. Tambien se debe prestar absolutamente, *Auth. principales C. de jurej. propt. calumn.*

1241. El *especial*, que tambien se llama de *malicia* segun el *cap. 2. §. ult. de jurejur. cal. in 6.*, se presta ó por el contrario, ó por el juez, siempre que en cualquier periodo del juicio se sospecha que hay calumnia; y mucho mas cuando alguno defiere al juramento de otro, *l. 24. §. 4. l. 37. D. de jurejur.*, exige la manifestacion de los documentos, desea que se le muestre la cosa, denuncia alguna nueva obra, *l. 5. §. 14. D. de oper. nov. nunc.*, ó finalmente ofrece las posiciones de los hechos y son contestadas por otro, cuyo juramento se llama por los gramáticos *de las cosas que se han de dar y responder* (dandorum et respondendorum), *cap. 2. de testam. in 6.*

1242. El otro modo de refrenar á los litigantes temerarios es la pena pecuniaria, la cual consiste en que hay ciertas causas que se agravan por la negacion del reo (§. 1122.); y en que el vencido es condenado á pagar las costas al vencedor, á no ser que haya tenido probabilidad de ganar, *§. 1. Inst. e. t. l. 79. pr. D. l. 13. §. 6. C. de judic.* Antiguamente si uno demandaba á otro sin derecho de hacerlo, se le condenaba en cincuenta sueldos, *l. 1. §. 2. D. de in jus. voc.*

1243. Finalmente, se castiga con pena de *infamia* á los que procediendo por sí se les condena ó por delito público ó privado (escepto el de la ley Aquilia), ó por accion de dolo, ó por alguno de los cuatro contratos que causan infamia, segun digimos en el §. 744. (*§. 1. 2. Inst. e. t.*).

TÍTULO XVII.

Oficio del Juez.

1244. Ya hemos dicho que en Roma eran distintos los oficios de *magistrado* y de *juez*. Al *magistrado* competia jurisdiccion con imperio misto; al *juez*, el nudo conocimiento, *l. 15. D. de re jud.* Lo que se hacia delante de *aquél*, se decia que era *in jure* (en derecho); lo que delante de éste, *in judicio* (en juicio); *Schilt. exerc. 7. §. 3.* Aquél conocia de *derecho* (de jure), éste de *hecho* (de facto). Si el mismo pretor conocia no solamente de derecho sino tambien de hecho, se decia que el *juicio* era *estraordinario*, *l. 178. §. ult. D. de verb. sign.*, tales son por derecho nuevo los *interdictos*, y el *conocimiento estraordinario de otros negocios. Tit. D. de extr. cognit.*

1245. Mas como el magistrado conoce de las causas civiles ó criminales, así tambien se le dá ó *jurisdiccion*, ó *imperio*. La *jurisdiccion* es el *conocimiento que compete por derecho de magistrado. Cuyac. Paratitl. al tit. de jurisdic. en las Pand.* Imperio era *la potestad armada. Sigon. de jur. civ. rom. lib. 1. cap. 2.*

1246. Como al que se confiere jurisdiccion se le conceden todas las cosas sin las cuales no podria egercerse, *l. 2. D. de jurisdict.*, quisieron los romanos que con la jurisdiccion de imperio estuviesen reunidas ciertas atribuciones que consisten en la egecucion y coercion civil, á la manera que la jurisdiccion en cuanto es conocimiento de causa no se separa del imperio, *l. 6. pr. D. de offic. procos.*

1247. De aquí es que el imperio se divide en *mero* y *misto*; y el *mero* no se toma por sumo y escelente, sino en el sentido que se opone al *misto. Pand. Part. 1. not. al* §. 233.

1248. Imperio *mero* es *la potestad de castigar á los criminales concedida por ley especial, l. 3. D. de jurisdict. Misto* es *el que tambien tiene aneja jurisdiccion*, *l. 3. D. de jurisdict.*, porque así como la potestad de castigar no puede egercerse sin conocimiento, así la fuerza y potestad de egecutar y refrenar son inherentes á la jurisdiccion, la que no puede existir sin una coercion moderada, *l. 1. §. ult. l. ult. §. 1. D. de offic. ejus cui mand. est jurisdict.*

1249. Por tanto, aquel á quien compete la jurisdiccion tiene ordinariamente el imperio *misto*; pero aquel á quien compete el imperio *misto* no siempre tiene el *mero*, *l. 1. §. ult. D. lug. cit.* Sin embargo, bien podia uno tener jurisdiccion, y carecer del imperio *misto*. Pueden servir de

egemplo los magistrados municipales, á quienes nuestros autores niegan *las cosas que son mas bien de imperio, al paso que les conceden las que son mas bien de jurisdiccion*, *l.* 4. *D. de jurisdict. l.* 26. *pr. y* §. 1. *ad municipal.*

1250. La jurisdiccion es ó *voluntaria*, ó *contenciosa*. Aquélla se egerce *en los que voluntariamente se someten á ella*, como en la adopcion, manumision, emancipacion; ésta *aun entre los invitos con conocimiento de causa*, tales son todas las acciones, *l.* 2. *l.* 3. *D. de offic. procos.* Aquélla *podia egercerse por cualquier magistrado*, con tal que tuviese la accion de la ley; ésta *tan solo por el juez competente*, *l.* 20. *D. de jurisdict.* Aquélla *se egerce aun en los dias feriados*, *l.* 8. *C. de fer. et extra tribunal. l.* 36. *pr. D. de adop.* §. 2. *Inst. de libertin.*, y aun en *causa propia*, *l.* 3. *l.* 14. *D. de adopt.*; en ésta sucede todo lo contrario.

1251. Divídese tambien en *ordinaria* y *estraordinaria*. *Ordinaria* es la que compete por derecho de magistrado, como el derecho de decretar, de nombrar juez, de egecutar. La *estraordinaria* se confiere por ley especial, como la dacion de tutor, *l*, 7. §. *fin. D. de off. procos.* Aquélla puede delegarse, pero no ésta, *l.* 1. *pr. D. de off. ejus cui mand. est jurisdict.*

1252. Finalmente, se divide en *propia*, que es la que compete por derecho propio de magistrado, *l.* 5. *l.* 6. *D. de jurisdict.*; en *delegada*, que es la que uno egerce en nombre de otro magistrado, *l.* 5. *l.* 16. *D. lug. cit. l.* 1. §. 1. *l.* 3. *D. de offic. ejus cui mand. est jurisdict.*; y en *prorogada*, la cual se egerce ó por espreso ó tácito consentimiento de ambas partes, ó fuera de los términos prescritos por la ley, *l.* 18. *D. de jurisdict. l.* 1. *l.* 2. *D. de judic.*

1253. Mas hoy no hay diferencia entre las cosas que se hacen en *derecho* y en *juicio*, pues en Roma dejaron de nombrarse jueces pedáneos antes de Justiniano, §. *ult. Inst. de interdict.*, pero no desde los tiempos de Diocleciano como infieren algunos de la *l.* 2. *C. de pedan. jud.* (Véase á *Ger. Noodt. de jurisdict. è imper. lib.* 1. *cap.* 15.). En este sentido se debe tomar lo que dicen los jurisconsultos, esto es, que hoy son estraordinarios todos los juicios, §. *ult. Inst. de interdict.*

1254. Siendo hoy estraordinarios todos los juicios, se sigue que un mismo magistrado conoce de ellos, pronuncia sentencia, y la egecuta.

1255. Como hay ciertas cosas acerca de las cuales solamente decide á peticion de parte, y otras en que procede de oficio, aun sin preceder solicitud alguna, los doctores dividen el oficio del juez en *mercenario* y *noble*. A este pertenece el *tit.* del C. *ut quæ desunt advocatis judex suppleat* (*que el juez supla lo que falta á los abogados*).

1256. Debe dar la sentencia arreglada á las leyes, constituciones y costumbres, *pr. Inst. e. t.*, recurriendo en falta de éstas al derecho comun.

1257. Justiniano enseña con egemplos en el §. 1. *y sig. Inst. e. t.* lo que debe observar el juez en los diversos juicios y acciones.

1258. El juez egecuta la sentencia, pero debe usar de alguna lenidad cuando el reo es condenado á pagar alguna cantidad, y presta caucion de que la satisfará dentro de cierto tiempo, §. 2. *Inst. e. t.* La *l. ult. C. de exequut. rei jud.* concede al reo condenado el espacio de cuatro meses. Cuando la sentencia recae sobre especie, ésta se debe entregar inmediatamente, *l.* 9. *D. de rei vind.*

1259. Si la especie se adjudica por juicio *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo*, ó *finium regundorum*, el dominio de ella pasa inmediatamente á quien se adjudica, aunque no medie tradicion (not. 2. al §. 316.), *Ulp. Fragm. tit.* 19. §. 16. §. *ult. Inst. e. t.*, con tal que no sea agena, porque entonces solamente se transfiere la facultad de usucapir, *l.* 17. *D. de usucap.* Por las sentencias dadas en los demas juicios no adquirimos dominio ni ningun otro derecho real, pues ellas no hacen mas que declarar sin conferir dominio, *l.* 8. §. 4. *D. si serv. vindic.* De aquí es que la accion de cosa juzgada no es real, sino personal.

TÍTULO XVIII.

Juicios públicos.

1260. Hemos dicho en el §. 988 que los delitos son *privados* ó *públicos*, cuyo conocimiento no perteneció en los tiempos libres de la república á los magistrados que tenian jurisdiccion, sino á aquellos á quienes la ley habia conferido el imperio mero. Si se trataba de la vida de un ciudadano romano, el conocimiento de la causa pertenecia al pueblo; pero en tiempo de los Emperadores tocaba al prefecto de la ciudad y á los gobernadores de las provincias. Justiniano trata de los delitos públicos al fin de las Instituciones.

1261. Los delitos públicos se diferencian de los privados en que no los persiguen los particulares á quienes interesa, sino la república. De aquí es que todos pueden acusar, escepto aquellos á quienes se prohibe *especialmente*, §. 1. *Inst. e. t.*; pero es menester que el acusador se comprometa en el libelo á sufrir la pena del talion, si fuere convencido de calumnia, *l. 7. pr. l. ult. C. de accus. et inscrip. l. ult. C. de calumn.* En estos delitos no se trata del interes privado, sino de imponer al delincuente el condigno castigo.

1262. La pena es ó *capital* ó no *capital*. Aquélla priva ó de la vida natural, ó del estado civil (*not. al* §. 214.); ésta no quita ni la vida ni el estado civil, esto es, la libertad ó la ciudadanía, *l.* 6. §. *ult. D. de pœn.* §. 2. *Inst. e. t.*

1263. Entre los romanos fueron penas capitales la condenacion á horca, el ser quemado vivo, la decapitacion, la condenacion á minas, y la deportacion á una isla, *l.* 28. *pr.* §. 11. *l.* 8. §. 1. *sig. D. de pœn.* No capitales fueron el castigo aplicado con varas ó látigos, la condenacion á obras públicas, la relegacion, la infamia, y la privacion de empleo, *l.* 6. §. *ult. l.* 7. *l.* 8. *pr. l.* 28. *D. de pœn.*

1264. Los delitos se dividen ó en *públicos* por *escelencia*, ó en *estraordinarios*. Aquéllos son los que se castigan por leyes especiales; éstos por ninguna ley establecida. De aquéllos se trata en las Instituciones, como veremos ahora; de éstos en el *lib.* 47. de las Pandectas.

1265. Las leyes que existen acerca de los juicios públicos, son: 1.° la *ley Julia de majestad*: 2.° la *ley Julia de adulterios*: 3.° la *ley Cornelia de sicarios*: 4.° la *ley Pompeya de parricidios*: 5.° la *ley Cornelia de falsedades*: 6.° las *leyes Julia de fuerza pública y privada*: 7.° la *ley Julia de peculado y de residuos*: 8.° la *ley Fabia de plagiarios*: 9.° las *leyes Julias de ambitu, de cohecho y de annona.*

1266. I. La ley *Julia de magestad* publicada por Julio César, *Cic. Philip. I.*, castiga á los que intentan alguna cosa contra el estado, ó contra el poder del príncipe, §. 3. *Inst. e. t. l.* 1. §. 1. *D. ad leg. Jul. majest.*; y abraza no solo el crímen de *perduelion*, sino el de *magestad*, llamado así especialmente, *l. ult. D. lug. cit. l. ult. C. de abolit.*

1267. Comete el crímen de *perduelion el que tiene miras hostiles contra el estado ó el príncipe, ll.* 1. 2. *y ult. D. ad leg. Jul. majest.*, §. 3. *Inst. e. t.* Es reo del crímen de *magestad* en especial el que invade los derechos de la magestad, ó comete con ánimo hostil alguna cosa de hecho ó de palabras en ofensa del príncipe, *ll.* 6. 7. *y ult. D. lug. cit.*

1268. Por la enormidad del crímen se ha establecido: 1.° que puedan acusar aun los que tienen prohibicion de hacerlo en otros juicios, *l.* 7. *pr.* §. 1. 2. *l.* 8. *D. lug. cit.*: 2.° que no se admitan abogados, *l.* 5. §. 2. *C. lug. cit.*: 3.° que no se interponga apelacion, *l.* 6. §. 9. *D. de injust. rupt. irrit. fact. de tam.*: 4.° que se dé fé aun á los testigos inhábiles, *l.* 7. §. 1. *C. ad leg. Jul. maj.*: 5.° que se pueda cometer aun contra los ministros del príncipe, cuando se les ofende con el carácter de tales, *l.* 5. *pr. C. e. t.*: 6.° que se castigue el nudo consejo, el simple conocimiento ó el silencio del que lo sabe (1), *l.* 5. §. 6. 7. *C. lug. cit.*

(1) Así piensa *Bartolo* fundándose en esa ley; pero *Baldo* dice que

su alma debe ser atormentada en los infiernos por esta sentencia. En la práctica yo pensaria como Baldo, no obstante que la *l.* 5. *C. de majest.* favorece á Bartolo.

1269. La pena del crímen de *perduelion* es último suplicio, *l.* 5. *pr.* §. 6. *C. lug. cit.*, infamia despues de la muerte, §. 3. *Inst. e. t.*, y confiscacion de bienes, *l. ult. D. l.* 5. 6. 7. 8. *pr. C. lug. cit.*

1270. A los hijos se priva de la sucesion de la madre y de la abuela, de la herencia que le dejan los estraños, y se les escluye de todos los empleos. A las hijas solamente se les concede la legítima de la herencia materna, *l.* 5. §. 1. 3. 6. *D. lug. cit.*

1271. El crímen de magestad considerado en especial, se castiga segun su gravedad ó con pena capital, ó con deportacion ó con relegacion, cuya pena no se estiende á los hijos, §. 3. *Inst. e. t. l.* 24. *D. de pœn. arg. l. ult. D. l.* 5. *pr.* §. 1. *C. e. t.*

1272. II. La ley *Julia de adulterios* no solamente castiga los *adulterios*, sino tambien el crímen *nefando*, el *incesto*, el *estupro* y la *alcahuetería*. En Roma las leyes civiles no impusieron pena alguna á las *prostitutas*, pues se consideró como suficiente la que sufren con el egercicio de una profesion tan detestable, *l.* 12. *l.* 29. §. 1. *C. ad leg. Jul. de adult. l.* 13. §. 2. *D. lug. cit.*

1273. *Adulterio* es la *corrupcion de una muger casada ó desposada*, *l.* 6. §. 1. *l.* 13. §. 2. *l.* 34. §. 1. *D. lug. cit.* De aquí es, que segun los principios del derecho romano no solamente el marido, sino tambien el célibe que tiene cópula con la muger ó esposa de otro comete adulterio; mas no el marido que cohabita con la soltera, pues en este caso solamente es reo de estupro, *l.* 6. §. 1. *D. ad leg. Jul. de adult.* Segun el derecho canónico toda violacion de la fé conyugal se considera como adulterio, *Can.* 15. *caus.* 32. *quæst.* 5.

1274. Esta ley castiga este delito con pena *pública*, y en ciertos casos se persigue *privadamente*. La pena pública impuesta por la ley Julia no fue de muerte (como dice Justiniano en el §. 4. *Inst. e. t. l.* 19. *C. de transact. l.* 9. *C. ad leg. Jul. de adult.*), sino relegacion á una isla, y confiscacion de la mitad de los bienes así del adúltero como de la adúltera, y la mitad de la dote de ésta, *Paul. Sent. rec. lib.* 2. *tit.* 26. §. 14. Constantino mandó despues que el adulterio se castigase con pena capital, *l.* 30. §. 1. *C. ad leg. Jul. de adult.*, y Justiniano dispuso que se azotase á la adúltera y se encerrase en un monasterio; y que si el marido no la recibia dentro de dos años, se la cortase el cabello, *Nov.* 134. *cap.* 10.

1275. El marido y el padre de la adúltera pueden perseguir privadamente este delito. Aquél no puede matar á la muger; pero sí al adúltero cuando le sorprende en su misma casa, ó en otro cualquier parage, si ya antes le habia reconvenido tres veces delante de tres testigos. Éste puede matar á la hija de familia y al adúltero cuando los sorprende cometiendo el adulterio en su casa ó en la de su yerno, *l.* 20. *y sig. D. ad leg. Jul. de adult. Nov.* 117. *cap.* 15.

1276. La pena del *crímen nefando* es tambien capital, *l.* 13. *C. ad leg. Jul. de adult.* §. 4. *Inst. e. t.*

1277. El *incesto* es el *coito ilícito entre las personas que no pueden casarse ó por consanguinidad ó por afinidad*, *l.* 6. *l. ult. C. de incest. nupt.* Si se comete entre ascendientes y descendientes se castiga con deportacion; en los demas grados con pena arbitraria, *l.* 5. *D. de quæstion. Nov.* 12. *cap.* 1. *l. ult. D. de rit. nupt.*

1278. *Estupro* es la *cópula que se tiene con la virgen ó viuda honesta sin inferirle violencia*, *l.* 6. §. 1. *l.* 34. *pr.* §. 1. *D. ad leg. Jul. de adult.* Si lo cometen personas de alguna consideracion, se les confisca la mitad de los bienes; y si de la clase ínfima, se les impone un castigo corporal y relegacion, §. 4. *Inst. e. t.* El estupro cometido á la fuerza se castiga con pena capital, *l.* 1. §. 2. *D. de extraord. crimin.*

1279. La *alcahuetería* es cuando uno prostituye las mugeres para hacer ganancia, *l.* 29. *pr. D. lug. cit.*: si prostituye á su hija ó á su muger, la pena es capital; y si á

otras personas, es arbitraria, *Nov. 14. l. 29. §. 3. D. lug. cit.*

1280. III. La ley *Cornelia de sicarios* castiga los *homicidios y envenenamientos*. Es homicida el que mata á un hombre dolosamente, *l. 1. §. 3. l. 14. D. ad leg. Corn. de sicar.*, cuyo dolo se presume, si usa de armas, *l. 1. §. 3. D. lug. cit.* El homicidio doloso se castiga con pena capital, *§. 5. Inst. e. t. Gen. cap. 9. v. 5. 6.*, el cometido por culpa se castiga estraordinariamente, *l. 4. §. 1. l. 7. D. lug. cit.*, y el cometido por caso ó en defensa propia está exento de pena.

1281. *Envenenamiento* se llama el *crímen por el cual uno hace, vende ó dá veneno para matar un hombre*, *l. 1. §. 1. l. 3. pr. §. 1. 2. D. lug. cit.*, ó si *alguno mata ó intenta matar por medio de artes mágicas*, *l. 13. D. lug. cit. §. 5. Inst. lug. cit.* La pena de este delito es capital, *§. 5. Inst. e. t. ll. 1. 4. 5. C. de malef. et mathem.*; pero es menester que los jueces no sean crédulos en un delito imaginario.

1282. IV. La *ley Pompeya de parricidios* castiga el homicidio cometido entre próximos cognados, esto es, si alguno matare á su padre, madre, abuelo, hermano, hermana, sobrino, ó sobrina, tio paterno ó materno, tia paterna, primo, prima, muger, marido, yerno, suegro, padrastro, antenado, antenada, patrono, patrona, *l. 1. pr. D. ad leg. Jul. Inst. de parric.*

1283. El parricida es azotado cruelmente, se le mete y cose en un saco junto con un perro, un gallo, una víbora y un mono, y se le arroja al mar ó rio vecino para que muera en medio de las angustias mas horribles, *§. 6. Inst. e. t. l. 9. pr. D. lug. cit. l. un. C. de his qui par. vel liber. occ.* Si el mar ó el rio estan lejos, entonces se le quema vivo, ó se le arroja á las bestias, *l. 9. pr. D. lug. cit.*

1284. V. La ley *Cornelia de falsedades* castiga el crímen *que consiste en desfigurar ó suprimir dolosamente la verdad en fraude de un tercero*, *§. 7. Inst. e. t. l. 16. §. 2. l. 23. D. l. 20. C. ad leg. Cornel. de fals.* Son reos de este delito los que cometen falsedad en testamento ó en otros documentos, en tomar nombre ageno, en dar una declaracion, en suponer un parto, en las mensuras, y finalmente en adulterar la moneda.

1286. El siervo que comete este delito es condenado á último suplicio; y si es hombre libre, se le castiga con deportacion y confiscacion de bienes, *l. 1. §. ult. l. 27. §. ult. l. 32. D. ad leg. Cornel. de fals.* Los que adulteran moneda son quemados vivos segun la constitucion de *Constantino M.*, *l. 1. C. de fals. mon.* El parto fingido, *l. 1. C. de fals.*, el falso testimonio por el cual ha sido uno condenado á muerte, *l. 1. §. 1. D. ad leg. Cornel. de sicar.*, y la inmunidad falsamente concedida por el escribano de la ciudad, se castigan con pena capital, *l. 1. C. de inmun. nem. conced.* Las demas falsedades se castigan con penas arbitrarias.

1286. VI. La ley *Julia* castiga tambien la *fuerza pública y privada*. La *pública* es una *fuerza armada por la cual se turba la seguridad pública*, *l. 13. pr. y §. ult. D. ad leg. Jul. de vi publ.* Se numera entre este delito el rapto de las doncellas y de las viudas, y tambien la fuerza cometida por una persona pública ó contra una persona pública, *l. 7. l. 10. pr. D. de leg. Jul. de vi publ.* Fuerza *privada* es la que se comete sin armas, *§. 8. Inst. e. t.*

1287. La fuerza pública se castiga con deportacion, *§. 8. Inst. e. t.* Si alguno quebranta con armas la casa agena, ó comete rapto, la pena es capital, *l. 5. §. 2. l. 11. D. ad leg. Jul. de vi publ. l. un. C. de rapt. virg.* La privada se castiga con la confiscacion de la tercera parte de los bienes y con infamia, *l. 1. pr. l. ult. D. l. 2. C. de vi priv. §. 8. Inst. e. t.*

1288. VII. La ley *Julia de peculado y de sacrilegios* castiga á *los que hurtan el dinero público ó cosas sagradas que ellos no administran*, *§. 9. Inst. e. t. l. 4. pr. l. 9. §. 2. D. ad leg. Jul. de pecul.*

1289. La pena del peculado es la deportacion, *l. 3. D. lug. cit. §. 9. Inst. e. t.*, y algunas veces el cuadruplo, *l. 6. §. ult. l. penult. D. lug. cit.* El sacrilegio estraordinario se castiga en ciertos casos con pena de muerte, *l. 4. §. 1. l. 9. pr. D. lug. cit.*

1290. VIII. La ley *Fabia de plagiarios* castigaba con pena pecuniaria á los que ocultan dolosamente ó hurtan hombres libres ó siervos agenos, *l. ult. D. ad leg. Fab. de plag.* La pena empezó despues á ser arbitraria, y algunas veces capital, *l. 1. l. ult. §. 10. D. l. 6. 7. y ult. C. lug. cit.*

1291. IX. Existieron tambien las leyes *Julias* sobre *cohechos* (repetundarum), sobre la *compra de empleos* (de ambitu), sobre *hacer dolosamente alguna cosa para encarecer los comestibles* (de annona), y sobre *los administradores de rentas públicas que no rinden buenas cuentas* (de residuis). Estos delitos no infieren pena capital, y ya hoy segun las costumbres del siglo, muy rara vez se castigan. Por esta razon no nos detenemos en ellos.

1292. Los particulares casi no persiguen hoy los delitos, porque el procurador del fisco y los magistrados proceden de oficio contra los criminales, *para purgar la sociedad de hombres perversos*, *l. 3. D. de offic. præs.*

FIN.

ÍNDICE.

LIBRO PRIMERO.

LIBRO SEGUNDO.

LIBRO TERCERO.

LIBRO CUARTO.

BS 91884